



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS – FAJS

MYLENA CRISTINA CORRÊA SANTOS

**A LEGITIMIDADE E O CONTROLE DO PODER NORMATIVO NO ÂMBITO DA
AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA**

Brasília

2011

MYLENA CRISTINA CORRÊA SANTOS

**A LEGITIMIDADE E O CONTROLE DO PODER NORMATIVO NO ÂMBITO DA
AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientador: Professor Fabrício J. M. Medeiros

Brasília

2011

Dedico esta monografia, em especial, a Deus, pois sei que estou debaixo de sua graça e direção em tudo o que faço em minha vida. Aos meus pais por tudo. À minha querida avó que tanto me incentivou e torceu para que eu chegasse até aqui. Ao meu amado noivo, pelo imenso apoio, pois sem a sua ajuda não conseguiria ter finalizado este trabalho. A todos meus amigos, também, por fazerem parte da minha vida.

RESUMO

O presente estudo, precipuamente no âmbito do Direito Administrativo, visa descrever e analisar a legitimidade do poder normativo das Agências Reguladoras, analisando o contexto jurídico-administrativo em que se inserem, suas limitações e os controles existentes na atuação dessas autarquias especiais. Inicialmente é contextualizado o nascimento das Agências Reguladoras no âmbito da Administração Pública Brasileira, destacando a importância e o papel dessas instituições surgidas nos anos 90 em meio a Reforma do Estado Regulatório Brasileiro. O locus do estudo é voltado para Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, onde se destaca o seu surgimento, sua estrutura organizacional, seu processo decisório e por fim é demonstrando de forma fática a legitimidade, as limitações e os meios de controle do poder normativo nessa Agência Reguladora.

Palavras-chave: agências reguladoras, poder normativo, ANEEL.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A REFORMA DO ESTADO	
REGULATÓRIO BRASILEIRO.....	7
1.1 A Administração Pública Direta e Indireta: as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e Empresas Públicas.....	7
1.2 Princípios da Administração Pública.....	13
1.3 A Reforma do Estado Regulatório Brasileiro.....	17
1.4 O Fenômeno da Desestatização dos Serviços Públicos.....	21
1.5 O papel das agências reguladoras.....	25
2 O PODER NORMATIVO NO ÂMBITO DAS AGÊNCIAS	
REGULADORAS: LEGITIMIDADE E CONTROLE.....	27
2.1 A legitimidade do poder normativo das agências reguladoras.....	30
2.2 O controle Administrativo, Legislativo, Comunitário e Judicial dos atos regulatórios.....	36
2.2.1 O controle Administrativo.....	37
2.2.2 O controle legislativo e o papel do Tribunal de Contas da União.....	39
2.2.3 O controle comunitário.....	41
2.2.4 O controle judicial dos atos regulatórios.....	42
3 A ANEEL: CONTEXTO HISTÓRICO, PAPEL E FUNÇÃO	
NORMATIVA.....	45
3.1 O surgimento da ANEEL no cenário econômico contemporâneo.....	46
3.2 Estrutura Organizacional.....	48
3.3 O processo decisório no ANEEL.....	52
3.4 A legitimidade, as limitações e o controle no âmbito da atuação normativa da ANEEL.....	55
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

INTRODUÇÃO

A partir da década de 90, o Brasil implantou uma reforma do Estado, em face de uma crise institucional culminada na insuficiência de recursos com o intuito de garantir a execução dos serviços públicos de modo satisfatório. Esse cenário conduziu a um massivo processo de privatizações, no qual a execução de determinados serviços públicos foi transferida para a iniciativa privada.

A presença do Estado foi atenuada na execução ativa dos serviços públicos, muito embora a titularidade de tais serviços permanecesse a cargo do Estado, que não poderia deixar de regular tais atividades, consubstanciando o fenômeno da desestatização dos serviços públicos. Surgia, assim, a necessidade de se criar entidades controladoras autônomas, com o escopo de fiscalizar os serviços públicos, regulamentar o setor e dirimir os conflitos no mercado regulado. Era o início do Estado Regulador.

De tal sorte, foram instituídas agências reguladoras, sob um regime autárquico especial, gozando de autonomia administrativa, financeira e decisória, vinculadas ao ministério supervisor, dotadas de personalidade jurídica de direito público, orientadas a fiscalizar e regular atividades específicas definidas em lei, possuindo um corpo diretório com mandato fixo, detendo autonomia para a tomada de decisões.

Assim, as agências, independentes, com corpo técnico especializado e, menos sujeitas às valorações políticas, foram concebidas com poderes normativos amplos, aptos a imprimir decisões técnicas e rápidas sem a participação direta do legislativo.

Diante desse contexto, a presente monografia trata-se de um estudo acerca da legitimidade e controle do poder normativo atribuído às agências reguladoras, no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Em face do amplo espectro de incidência do poder normativo e da confusão que alguns doutrinadores fazem entre o poder normativo e a função legiferante do Poder Legislativo, tem-se questionado a constitucionalidade de tal poder conferido às agências. No entanto, essa função para expedição de normas técnicas no setor regulado pela agência se mostra imprescindível para o desempenho adequado de suas funções,

sujeitas a menos valorações políticas e, sobretudo, para a garantia da finalidade maior do interesse público.

Será utilizada uma metodologia de pesquisa descritiva e bibliográfica, cujo objetivo é demonstrar a legitimidade do poder normativo conferido às agências reguladoras e que deve haver mecanismos de controle no exercício dele de modo a evitar arbitrariedades e vícios de legalidade e aplicar tais disposições especificamente ao caso concreto da ANEEL. A pesquisa far-se-á dividida em três capítulos descritos a seguir.

No primeiro capítulo serão abordados os conceitos atinentes às Autarquias, bem como os princípios regentes da Administração Pública. Em seguida, o surgimento das agências reguladoras brasileiras e o papel no cenário contemporâneo brasileiro.

No segundo capítulo discorrer-se-á sobre as disposições acerca do poder normativo das agências reguladoras em face do princípio da separação dos poderes e demonstrando a legitimidade de tal poder. Assim como, serão demonstrados os mecanismos de controle sob os enfoques administrativo, legislativo, judicial e comunitário, que se mostram pertinentes na atuação das agências reguladoras.

Por fim, o terceiro capítulo versará sobre o surgimento da ANEEL, sua estrutura organizacional, o seu processo decisório que constitui um importante instrumento utilizado pelo corpo diretório da agência com vistas a emanar resoluções normativas e decisões em última instância administrativa. Neste aspecto será examinada a legitimidade da função normativa exercida pela agência e as limitações que se façam necessárias para evitar o arbítrio desse poder.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A REFORMA DO ESTADO REGULATÓRIO BRASILEIRO

Numa visão geral, a Administração Pública é o instrumento de que dispõe o Estado para alcançar suas finalidades e satisfazer as necessidades coletivas. Sua atuação representa todo o aparelhamento estatal preordenado à realização dos serviços públicos, atuando por intermédio de seus órgãos, de suas entidades e de seus agentes.¹

No presente capítulo abordaremos a importância das Agências Reguladoras inseridas na composição da Administração Pública brasileira e os princípios atinentes à sua atuação. Bem como será destacado a Reforma do Estado Regulador e os aspectos da desestatização de serviços públicos que nortearam o surgimento dessas agências.

1.1. A Administração Pública Direta e Indireta: as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e Empresas Públicas

Dessa forma, pode-se conceituar a Administração Pública como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas, cuja atribuição foi definida em lei com vistas ao exercício da função administrativa do Estado. Tal função abrange uma série de atividades, quais sejam: fomento, polícia administrativa, prestação dos serviços públicos.²

A natureza da administração pública é de *munus* público para quem a exerce e, em face disso, cumpre ao administrador público a conservação e o aprimoramento dos bens, serviços e interesses públicos. Toda a atividade da administração pública deve se cingir de um único objetivo: o bem comum da coletividade administrada.³

A Administração pode atuar diretamente, por meio de seus órgãos e agentes, quando realiza a desconcentração de suas competências, ou seja, transfere suas funções dentro da mesma estrutura. Por outro lado, pode atribuir tais competências a entidades distintas com personalidade jurídica própria, a quem incumbirá a satisfação do interesse público. Ou ainda,

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 64-65.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 54.

³ MEIRELLES, op. cit., p. 85-86

pode transferir a execução de tais serviços para os concessionários, permissionários ou delegatários do serviço público.⁴

A Constituição brasileira de 1988 prevê em seu artigo 175 as formas de atuação do Estado na prestação dos serviços públicos, in verbis:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos.”

Quando o Estado atua por meio de seus órgãos públicos transferindo suas funções dentro da mesma estrutura tem-se a denominada **Administração Pública Direta**.

Tais órgãos públicos que compõem a Administração Pública constituem a totalidade das competências do Estado, se somadas suas atribuições. Os Ministérios, por exemplo, são órgãos públicos por excelência. Vale afirmar que eles não têm personalidade jurídica, e, por isso, não são sujeitos de direito e obrigações.⁵

Noutro giro, a Administração Pública, quando deseja transferir a execução do serviço público que lhe foi outorgado pelo ordenamento jurídico a outrem, pode utilizar-se de pessoas jurídicas, atuando de maneira indireta e constituindo a denominada **Administração Pública Indireta**. Tais pessoas dotadas de personalidade constituem: particulares (advindos da sociedade civil, comercial ou industrial) ou empresas públicas e sociedades de economia mista (advindas da administração pública indireta).⁶

Tais entidades, na posição de prestadoras dos serviços públicos, mediante a exigência de tarifas dos usuários e condutas fixadas pela Administração, executam e exploram esses serviços que lhes foram repassados. Nessa condição, as empresas públicas e sociedades de economia mista não integram a Administração Indireta, mas são chamadas de delegatárias de serviço público e os particulares são permissionários ou concessionários de serviço público.⁷

Nesse contexto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 294) entende por concessão de serviço público a transcrição a seguir:

⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75-76

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 47.

⁶ Ibid., p. 310.

⁷ Ibid., p. 310.

“Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”⁸

O que distingue o contrato de concessão de serviço público, da permissão, é o nível de precariedade desta em relação àquela e o fato de ser considerada um contrato de adesão revogável unilateralmente pelo Poder Concedente, conquanto a concessão decorra de um acordo de vontades, sendo assim um contrato com maiores garantias, utilizado para serviços de maior complexidade.⁹

Desse modo, o Estado pode se utilizar de amplos meios de atuação para regular ou executar os serviços públicos e explorar a atividade econômica.

No tocante à Administração Indireta, que é o assunto de interesse nesse trabalho, o legislador criou tal expressão para designar o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas ou autorizadas por lei para desempenhar atividades assumidas pelo Estado, seja para prestar serviço público, seja a título de intervenção no domínio econômico.¹⁰

No direito brasileiro, a Administração Pública Indireta é amplamente constituída por autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Senão vejamos detalhadamente cada uma dessas entidades nos parágrafos seguintes.

No que tange às autarquias, este vocábulo, etimologicamente, significa autogoverno, direção própria ou comando próprio. Com esse sentido, a palavra ingressou no mundo jurídico e passou a representar toda pessoa jurídica de direito público de capacidade exclusivamente administrativa.¹¹

A despeito de seu forte significado, as autarquias não dispõem do poder de criar o seu próprio direito, típico das entidades políticas (União, Estados, DF e Municípios).

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 294.

⁹ Ibid., p. 301.

¹⁰ Ibid., p. 422.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 300.

No entanto, as autarquias detêm o poder de auto-administração, que lhes garante uma ampla independência em sua atuação, contudo sempre submetidas aos controles cabíveis.¹²

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei específica e detentoras de direitos, obrigações, prerrogativas e responsabilidades. Logo, a exigência de lei para a sua criação se torna indispensável.¹³

Em face de sua natureza de direito público, as autarquias gozam de diversas prerrogativas e, por isso, seus atos são administrativos; seus contratos são precedidos de licitação; possuem imunidade de impostos sobre seu patrimônio; impenhorabilidade de seus bens e rendas; prazo em quádruplo para responder e em dobro para recorrer; direito de regresso contra os seus servidores; dentre outros privilégios.¹⁴

Tais entidades autárquicas constituem verdadeiros centros de direitos e obrigações, com fins e interesses próprios, assim como os seus bens, oriundos de recursos próprios e são revestidas de especificidade em seus assuntos.¹⁵

Em virtude da descentralização administrativa a que são submetidas, as autarquias desenvolvem uma capacidade peculiar para a prestação de serviços públicos determinados, consagrando **o princípio da especialização**, que impede as autarquias de exercer atividades diversas daquelas para as quais foram instituídas.¹⁶

O princípio da especialização que qualifica as autarquias e, por sua vez, as agências reguladoras é um fator importantíssimo em sua atuação, propiciando a melhor tomada de decisões.

Nos últimos anos, como fruto da Reforma Administrativa, surgiram algumas autarquias qualificadas como “autarquias sob o regime especial”, denominadas de agências reguladoras. A idéia subjacente para a compreensão de tal regime traduz a liberdade maior que essas entidades desfrutam em relação às demais autarquias.¹⁷

Conforme já mencionado, as autarquias possuem privilégios próprios em decorrência de suas atividades típicas de função de Estado, dentre as quais: processo especial

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 427.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 300-301.

¹⁴ Ibid., p. 307-308.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 148.

¹⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 430.

¹⁷ MELLO, op.cit., p. 156.

de execução, impenhorabilidade de seus bens, prazos dilatados em juízo, imunidade tributária, executoriedade de seus atos e outras mais.

Pois bem, com as autarquias sob o regime especial não é diferente, pelo contrário, mais prerrogativas são conferidas a elas. Ampla autonomia: financeira, administrativa e patrimonial. Estabilidade de seus dirigentes, com a garantia de mandato fixo e nomeação pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado Federal. Maior liberdade de atuação, dentre outras garantias.¹⁸

Essas entidades autárquicas sob o regime especial são denominadas de agências reguladoras. Cabendo a elas atividades próprias das áreas que lhe são afetas, tais como: a execução do serviço público propriamente dito, atividades de fomento e fiscalização da atividade privada, atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas.¹⁹

Sua função primordial é a de regular e fiscalizar os assuntos atinentes à sua esfera de atuação, estando sujeita ao princípio da especialidade, no qual cada agência deve exercer e se especializar na matéria que lhe foi atribuída por lei.²⁰ Princípio esse fundamental para a eficácia da atuação regulatória dessas agências.

A instituição das agências reguladoras como autarquias sob o regime especial faz com que elas se submetam às mesmas normas constitucionais que as autarquias comuns. E no tocante ao seu regime especial, que vem definido nas respectivas leis instituidoras de cada agência, dizem respeito à maior autonomia conferida a essas agências, à estabilidade de seus dirigentes, não podendo sofrer exoneração *ad nutum* e ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos da Administração Pública.²¹

Noutro giro, no tocante às fundações, elas são instituídas pelo Poder Público e podem ter personalidade, ora de direito Público, ora de direito Privado, sempre para a consecução de fins públicos. Quando tiver a personalidade de direito público o seu regime jurídico será idêntico aos das autarquias. Por outro lado, quando possuir personalidade de

¹⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 156.

¹⁹Ibid., p. 158.

²⁰Ibid., p. 158.

²¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 469.

direito privado reger-se-ão pelas disposições do Direito Civil em tudo o que não for derogado pelo direito público.²²

Conceitua-se fundação pública como sendo o patrimônio público personalizado segundo regras de Direito Público, destinado á persecução de finalidade de interesse coletivo. E fundação privada constitui patrimônio público personalizado segundo as regras de Direito Privado, destinado também ao fim público.²³

Esse patrimônio, substrato econômico da fundação é o complexo de relações jurídicas pertencentes a determinado sujeito; personalizado, porque sobre ele incide normas jurídicas, tornando-o sujeito de direitos e obrigações e destinado a um objetivo, quase sempre de natureza educacional, cultural ou científica de interesse público.²⁴

As principais características das fundações podem ser elencadas como: dotação patrimonial; personalidade jurídica, pública ou privada; desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social, sendo ela a forma adequada ao desempenho das funções de ordem social, tais como saúde, educação, cultura, meio ambiente, assistência e tantas outras; e sujeitam-se ao controle administrativo exercido pela Administração Direta.²⁵

É bem verdade que as fundações, quando dotadas de personalidade jurídica pública, são pura e simplesmente autarquias. Pois, diante de seu caráter público e de sua capacidade exclusivamente administrativa, todo o regime jurídico das entidades autárquicas lhes aplica integralmente.²⁶

Já a Sociedade de Economia Mista é entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, cuja criação é dada por meio de autorização legal. Tal entidade funciona como um instrumento de ação da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em maioria à União.²⁷

Outra forma de atuação da Administração Pública decorre das Empresas Públicas, quer para a prestação de serviços públicos quer para a intervenção na ordem econômica, elas atuam se delimitando nos preceitos constitucionais.²⁸

²²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 426.

²³MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 358.

²⁴Ibid., p. 358.

²⁵DI PIETRO, op.cit., p. 436.

²⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 171.

²⁷Ibid., p. 176.

²⁸FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113.

Entende-se por empresa pública a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado criada por força de autorização legal para a exploração da atividade econômica. No entanto, são submetidas a regras decorrentes da ação do Estado e seu capital é exclusivamente público, ou seja, da União.²⁹

O Art. 173 da Carta Magna institui que:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. ”

Dessa forma, as empresas públicas, bem como as sociedades de economia mista e outras entidades exploradoras de atividades econômicas poderão atuar conforme as disposições previstas no texto constitucional, sujeitando-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Sendo assim, essas entidades não gozaram de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado.³⁰

Tanto as empresas públicas, quanto as entidades de economia mista são entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado, contudo submetidas a um regime jurídico híbrido na medida em que o direito privado é parcialmente derogado pelas normas de direito público. São criadas e extintas por meio de autorização legal. Sujeitam-se ao controle estatal e desempenham a exploração da atividade econômica.³¹

No entanto, se diferem quanto à composição do seu capital, pois as empresas públicas são constituídas de capital eminentemente público, ao contrário das sociedades de economia mista, que possuem capital público e privado. Também se distinguem quanto à forma de organização, sendo esta estruturada sob a forma de sociedade anônima, enquanto aquela pode ser constituída sob quaisquer das formas admitidas em direito.³²

1.2. Princípios da Administração Pública

²⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 172.

³⁰MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 375.

³¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 446.

³²Ibid., p. 450.

No ordenamento jurídico brasileiro encontramos alguns princípios constitucionais que norteiam a atuação da Administração Pública e estão dispostos no art. 37 da Constituição Federal, conforme transcrição a seguir:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

A Lei do processo administrativo federal, nº 9.784/1999, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.³³

Desse modo, o Direito Administrativo está informado por princípios determinados, alguns próprios do direito administrativo, tais como, o princípio da legalidade da administração pública, da supremacia do interesse público, da razoabilidade e proporcionalidade e outros decorrentes da constituição e de outros ramos do direito público.³⁴

Então vejamos alguns princípios que norteiam a atividade da Administração Pública e orienta toda sua atuação:

a) O princípio da legalidade

Diz o texto constitucional em seu artigo 5º, II, que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*. Partindo desse princípio basilar do Estado Democrático de Direito, denominado de princípio da legalidade, todas as atividades estão condicionadas a uma norma jurídica anteriormente posta. Esta foi uma grande conquista político-jurídica dos nossos tempos contra o absolutismo estatal e os arbítrios cometidos pelo soberano.³⁵

Com o advento do Estado Democrático de Direito, tanto as atividades do Estado como as do particular passaram a ser tuteladas pela vontade do legislador. Atualmente, não se admite mais que os direitos individuais fiquem a mercê da vontade estatal, a qual demonstra a história, nem sempre representou de forma legítima os interesses do particular.³⁶

³³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 63.

³⁴Ibid., p. 63.

³⁵MORAES, Eliana Aparecida Silva de. Revista do direito sanitário, ano 2001. Disponível em: <[http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792001000100004 &script=sci_arttext](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792001000100004&script=sci_arttext)>, acessado em 15.06.2011.

³⁶Ibid.

Assim, de modo a garantir a legitimidade do direito posto, o poder constituinte estabeleceu, no parágrafo único, do artigo primeiro da CF/88, que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Tal poder só pode ser exercido tão somente por leis, não podendo nenhuma outra manifestação estatal, judiciária ou administrativa suprir sua ausência.³⁷

Para o Poder Público, todavia, o princípio da legalidade apresenta-se de forma diversa, posto que o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, em toda sua atividade funcional, não havendo liberdade, nem vontade pessoal na Administração Pública. A ela só é permitido fazer o que a lei autoriza.³⁸

Assim, o princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública é o da completa submissão da Administração e de seus agentes às leis, devendo assim reverência e cumprimento de seus preceitos.³⁹

Diante desse princípio, balizador do Estado de Direito, é imperioso resguardar seus preceitos na atuação da Administração Pública, e, portanto, das Agências Reguladoras, cumprindo indagar a respeito do alcance e da constitucionalidade de seu poder normativo, que é objeto do presente estudo.

b) O princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. Tal princípio é um pressuposto lógico do convívio social.⁴⁰

O princípio da supremacia do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, vincula a autoridade administrativa em todas as suas decisões. Esse princípio deve ser levado em consideração tanto no momento da elaboração da lei, quanto no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública.⁴¹

³⁷MORAES, Eliana Aparecida Silva de. Revista do direito sanitário, ano 2001. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792001000100004&script=sci_arttext>, acessado em 15.06.2011.

³⁸MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87-88.

³⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.

⁴⁰Ibid., p. 87.

⁴¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: atlas, 2010, ps. 64-65.

Tal princípio preconiza que o interesse público tem primazia sobre os individuais, posto que, o Direito deixou de ser apenas instrumento da garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem-estar coletivo.⁴²

Em decorrência desse princípio, ocorreu uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a ampliação do próprio conceito de serviço público. Além da ampliação de seu campo de atuação, abrangendo as ordens pública, econômica e social. Ocorrendo, assim, uma crescente interferência do Estado na vida econômica.⁴³

Ligado a esse princípio está o princípio da indisponibilidade do interesse público, que significa que interesses da coletividade, qualificados como próprios, não se encontram à livre disposição de ninguém, por serem inapropriáveis. Nem mesmo o próprio órgão administrativo que os representa tem disponibilidade sobre tais interesses, e se fizer prevalecer interesse próprio, estará incorrendo em desvio de finalidade.⁴⁴

Por esta razão, o princípio da supremacia do interesse público é bastante pertinente na consecução deste trabalho, haja vista, o dever das agências reguladoras de zelar pela observância de tal princípio em sua atuação e no exercício de seus poderes administrativos.

c) Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

Outro princípio de aplicabilidade ímpar é o princípio da razoabilidade, princípio específico do Direito Administrativo, que visa impor limitações à discricionariedade administrativa, ampliando o âmbito da atuação do ato administrativo pelo poder judiciário.⁴⁵

Dessa forma, a Administração deverá, em sua atuação, observar critérios aceitáveis do ponto de vista racional, levando em conta o senso comum e respeitando as finalidades da competência exercida. Vale dizer, que as condutas desarrazoadas, incoerentes ou praticadas em desconsideração às circunstâncias serão ilegítimas ou sem validade jurídica.⁴⁶

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 65

⁴³ Ibid., p. 66.

⁴⁴ Ibid., p. 66.

⁴⁵ Ibid., p. 79.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99.

Nesse sentido, se insere o princípio da proporcionalidade, que constitui um dos aspectos do princípio da razoabilidade. Isso porque este princípio exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela pretende alcançar. Essa proporcionalidade deve ser medida segundo os padrões comuns da sociedade.⁴⁷

Sendo assim, cabe salientar que quando a decisão da Administração for manifestamente inadequada, face ao desrespeito dos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade, ela terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir tal ilegalidade.⁴⁸

Por estas razões, faz-se necessária a observância da razoabilidade e da proporcionalidade na atuação da Administração Pública, e por consequência, das agências reguladoras. Tais entidades não poderão infringir tais princípios na edição de normas e em suas decisões, sob pena de vício de legalidade em seus atos.

1.3. A Reforma do Estado Regulatório Brasileiro

Antes de adentrar nas concepções do Estado regulatório brasileiro, cumpre esclarecer o conceito de regulação.

Segundo DI PIETRO (2010), regular significa organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor. A regulação engloba toda a forma de organização da atividade econômica através do Estado. O Estado está regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua atuação quanto como edita regras no exercício do poder de polícia.⁴⁹

JUSTEN FILHO, por sua vez, apresenta a seguinte concepção do termo regulação:

“A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e realizar os direitos fundamentais.”⁵⁰

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 65.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99.

⁴⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 468.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15

Uma conceituação ampla para regulação indica que ela pode ser diferenciada daqueles poderes normativos tradicionalmente reconhecidos ao Estado. A natureza específica da regulação deriva dos fins buscados pelo Estado e do modo como desenvolve a sua atuação.⁵¹

A regulação ocorre no controle feito pelo Estado das atividades desempenhadas pelos particulares, a quem ele delegou a prestação dos serviços públicos. Em razão disso, reduz-se significativamente a margem de autonomia privada. Ou seja, o Estado reduz sua atuação direta nos setores econômicos, mas, em contrapartida, impõe forte regulação sobre as atividades dos particulares.⁵²

Antes de tudo, o Estado Regulador é uma organização institucional que se relaciona às concepções do Estado de Direito. Para compreender o conceito de Estado Regulador, é necessário reconhecer a supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política. A compatibilidade com a ordem jurídica é o critério de aceitabilidade da atuação estatal.⁵³

O papel regulador do Estado foi descrito no artigo 174 da carta magna, *in verbis*:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Diante do exposto, vimos que o modelo proposto para o Brasil foi o de Estado Regulador, que será analisado a seguir.

Desde o século XIX, as exigências do Capitalismo levaram a uma participação mais ativa do Estado na atividade econômica, ao contrário da idéia do Estado Mínimo que vigorava no século anterior, na qual a atuação do Estado se limitava às funções normativa e jurisdicional.⁵⁴

Após a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se um novo modelo de Estado chamado de “Welfare State”, ou o Estado do Bem-Estar. Conforme esse modelo, as idéias

⁵¹JUSTEN FILHO, Marçal . O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Editora Dialética, 2002, p. 28

⁵²Ibid., p. 30.

⁵³Ibid., p. 16.

⁵⁴GUSMÃO, Rossana Malta de Souza. Noções introdutórias as direito da energia elétrica. Minas Gerais: Ed. Virtual Books, 2010, p. 19.

liberais de cunho individualista foram substituídas pela busca de igualdade social e intervenção do Estado na ordem econômica.⁵⁵

Ao longo do século XX, as idéias do Estado do Bem-Estar significaram a assunção pelo Estado no modelo de vida social. O Estado transformou-se num prestador de serviços, invadindo searas antes próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e industriais e remodelou o mercado.⁵⁶

A ideologia do Estado do Bem-Estar consistiu num conjunto de propostas homogêneas, reconhecidas pela função intervencionista estatal, orientada a promover o desenvolvimento econômico e social.⁵⁷

No entanto, esse modelo entrou em crise devido às ineficiências do Estado Social. Verificou-se a redução da produtividade; congelamento dos salários e dos lucros; a multiplicação da população; a criação de demasiados benefícios, não acompanhados da contrapartida; a redução da eficiência das atividades estatais; elevação dos passivos em decorrência dos sucessivos prejuízos orçamentários; a consequente falta de recursos para o Estado manter os seus projetos de satisfação do interesse coletivo.⁵⁸

Dessa forma, iniciou-se uma série de reformas no Estado, a partir da década de 80, para que pudesse diminuir as ineficiências existentes, dinamizar a economia, estimular a competição entre as empresas e cumprir suas funções básicas aos cidadãos, que se desenvolveria mais tarde no novo modelo regulatório brasileiro.⁵⁹

Antes, supunha-se que a intervenção do estado era utilizada para constrangimento da atividade econômica própria dos particulares. Agora, a ideologia do modelo regulatório econômico é que os serviços públicos que puderem deverão ser remetidos à iniciativa privada. Apenas incumbindo ao Estado desempenhar atividades diretas, nos setores em que a organização econômica feita nos parâmetros da iniciativa privada ponha em risco valores coletivos, ou seja, insuficiente para propiciar sua plena realização.⁶⁰

⁵⁵GUSMÃO, Rossana Malta de Souza. Noções introdutórias as direito da energia elétrica. Minas Gerais: Ed. Virtual Books, 2010, p. 19.

⁵⁶JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Editora Dialética, 2002, p. 17

⁵⁷Ibid., p. 17

⁵⁸Ibid., p. 19

⁵⁹GUSMÃO, op.cit., p. 21.

⁶⁰JUSTEN FILHO, op. cit., p. 23-24.

Assim sendo, o modelo regulatório promoveu modificações cruciais em face ao passado, quais sejam: a abrangência das atividades sujeitas aos regimes de Direito Público e Privado, a transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, desde que não fossem prejudiciais aos interesses coletivos e a inversão dos parâmetros do intervencionismo.⁶¹

O Estado permanece no domínio econômico, mas não como partícipe direto. Ao invés de buscar pessoalmente a realização de determinados fins, vale-se de suas competências políticas para influenciar os particulares à realização dos fins necessários ao interesse público.⁶²

Em suma, o modelo regulatório cessou a atuação direta do Estado e propiciou a ampliação da atividade econômica privada. No entanto, a liberdade dos particulares reduziu em relação ao modelo anterior e eles se tornaram instrumentos de realização dos fins públicos específicos.⁶³

A história da atividade de regulação da economia brasileira confunde-se com a história de construção estatal do país. Intervenção e regulação no mercado foram realizadas pelo Estado intensamente por meio de institutos e conselhos a partir do ano de 1930, como por exemplo: os Correios e Telégrafos; criados em 1931, o Conselho Nacional do Café; em 1933, o Instituto do Açúcar e do Alcool; em 1934, dentre muitos outros que foram criados até a década de 1950.⁶⁴

As reformas do Estado seguiram uma cadência reformista no Brasil, que de décadas em décadas, promoveram amplos processos de reestruturação. O mais recente, ocorreu a partir da década de 90, e diz respeito à nova forma de regulação estatal na economia. Tal modelo se operou pela atuação de autarquias sob um regime especial, dotadas de maior independência e ampla autonomia, as chamadas agências reguladoras.⁶⁵

⁶¹JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: dialética, 2002, p. 24

⁶²Ibid., p.24.

⁶³Ibid., p.30.

⁶⁴RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. Brasília: 2009, p. 125.

⁶⁵Ibid., p. 127

Cabe salientar que a existência de entidades exercendo a função reguladora no país não é nenhuma novidade. A verdadeira inovação do sistema administrativo pátrio se deu em relação às Agências Reguladoras e suas particularidades.⁶⁶

A reforma regulatória teve também a finalidade de dar incentivos aos investidores privados para que eles expandissem a oferta e operassem eficientemente.⁶⁷

A atuação estatal no chamado “Estado Regulador Brasileiro” foi marcada pela redução da atuação do ente estatal no domínio econômico, o fenômeno da desestatização dos serviços públicos e a conseqüente privatização desses serviços, conforme será tratado no próximo tópico.⁶⁸

1.4. O fenômeno da desestatização dos serviços públicos

A partir da década de 70, no Brasil teve início o processo de desestatização da economia em resposta à crise institucional do Estado, que almejava uma reforma para torná-lo mais voltado para as atividades que lhe são específicas.⁶⁹

Nesse sentido, foi criada a Constituição Federal brasileira de 1988, como principal instrumento de garantia do interesse comum, que cuidou de instituir direitos e garantias fundamentais imprescindíveis ao bem estar social, consagrando um modelo de Estado prestador dos serviços públicos básicos ao cidadão.⁷⁰

No entanto, a ausência de recursos suficientes do Estado para os investimentos no país, conduziu ao processo de transferência da execução dos serviços públicos para o setor privado. Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas

⁶⁶ LEITE, Francisco Suderley Holanda Pereira. A constitucionalidade do Poder Regulamentar das agências reguladoras. Monografia jurídica. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2008, p. 55.

⁶⁷ RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. Brasília: 2009, p. 128.

⁶⁸ CALIL, Lais. O poder normativo das Agências Reguladoras em face dos princípios da legalidade e separação dos poderes. BINENBOJM, Gustavo Coord. Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Júrís, 2006, p. 124.

⁶⁹ GUSMÃO, Rossana Malta de Souza. Noções introdutórias as direito da energia elétrica. Minas Gerais: Editora Virtual Books, 2010, p. 20.

⁷⁰ Ibid., p. 20.

não modificam a sua natureza pública, bem como não retiram as responsabilidades e os deveres do Estado em relação à sua prestação adequada.⁷¹

O fenômeno da “desestatização” constituiu um amplo movimento da sociedade em direção a mais democracia e a maior autonomia para decidir seus próprios destinos, sem a tutela onipresente do Estado.⁷²

A privatização dos serviços públicos foi responsável por uma drástica transformação no papel do Estado, que passou a ter uma atuação diferenciada, não sendo mais protagonista da execução dos serviços públicos, mas passando a atuar com funções de planejamento, regulação e fiscalização.⁷³

No direito brasileiro, a idéia de privatização abrange as medidas tomadas com o fim de diminuir a presença do Estado, quais sejam: a) a desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos; c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado; d) a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização, com a venda de empresas estatais ao setor privado.⁷⁴

Apesar de parte considerável dos serviços públicos estarem agora sob a atuação de entes privados, o Estado não poderia se furtar a tal realidade. Pautando-se pela melhoria das condições de vida da população, pela competitividade econômica e eficiência e modicidade dos serviços públicos, o Estado deveria regular tais atividades. Era o início do Estado Regulador.⁷⁵

Cabe salientar que a titularidade da prestação do serviço público não pode ser confundida com a titularidade do próprio serviço público. A Administração Pública poderá

⁷¹BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. LANDAU, Elena Coord. *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 37.

⁷²GUSMÃO, Rossana Malta de Souza. *Noções introdutórias ao direito da energia elétrica*. Minas Gerais: Ed. Virtual Books, 2010, p. 21

⁷³BARROSO, op. cit., p. 37.

⁷⁴GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *As Agências Reguladoras*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Instituto Toledo de Ensino de Bauru, n. 39, janeiro a abril de 2004, p. 181. Disponível na internet: <www.ite.edu.br/ripe_arquivos/ripe39.pdf>, acessado em 15.06.2011.

⁷⁵LEITE, Francisco Suderley Holanda Pereira. *A constitucionalidade do Poder Regulamentar das agências reguladoras*. Monografia jurídica. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2008, p. 58.

atuar de forma direta, de forma indireta ou ainda pelos particulares, e mesmo assim os serviços públicos serão sempre de titularidade estatal.⁷⁶

O processo de privatização dos serviços públicos gerou a necessidade de criação de órgãos controladores da execução dos contratos de concessão, fiscalização dos serviços e concessionárias, regulamentação do setor, repressão de condutas abusivas e arbitramento dos conflitos entre os agentes envolvidos.⁷⁷

Organismos estatais “presos” ao aparato burocrático não seriam adequados para tratar com as peculiaridades da matéria econômica, a complexidade da sociedade, bem como o tecnicismo das áreas reguladas. É nesse contexto que foram instituídas as agências reguladoras, que são autarquias especiais, qualificadas tecnicamente com a função precípua de regular e fiscalizar os assuntos atinentes a suas respectivas esferas de atuação.⁷⁸

Desta forma, em busca da satisfação do interesse geral, seria imperioso criar mecanismos para coibir eventuais abusos e alcançar a eficiência na execução de complexas atividades econômicas como o fornecimento de energia elétrica, o fornecimento de água, serviço de coleta de lixo, serviço de esgoto, serviço de telecomunicação, dentre outros.⁷⁹

A despeito do massivo processo de privatização derivado das reformas constitucionais das Emendas Constitucionais nº 05 a 09, de 1995, a execução dos serviços públicos estava na prática com a iniciativa privada, no entanto, o Estado permanecia titular dos serviços públicos. Face à necessidade de se regular os serviços agora desempenhados pela iniciativa privada, a reforma regulatória do país culminou na criação das agências reguladoras.⁸⁰

As agências reguladoras foram instituídas sob um regime especial, gozando de ampla autonomia, não se subordinando ao ministério supervisor, com estabilidade, mandato

⁷⁶CALIL, Lais. O poder normativo das Agências Reguladoras em face dos princípios da legalidade e separação dos poderes. BINENBOJM, Gustavo Coord. Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 135.

⁷⁷RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. Brasília: 2009, p. 128

⁷⁸LEITE, Francisco Suderley Holanda Pereira. A constitucionalidade do Poder Regulamentar das agências reguladoras. Monografia jurídica. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2008, p. 11.

⁷⁹Ibid., p. 11.

⁸⁰RAMALHO, op. cit., p. 129.

fixo e impossibilidade de exoneração ad nutum de seus dirigentes. Tais fatores são o que distingue as agências reguladoras das autarquias comuns da Administração Pública.⁸¹

A instituição de um regime especial visa preservar as agências reguladoras de ingerências externas e indevidas, procurando demarcar um espaço de discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de resguardar essas autarquias, foram-lhe outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira e uma série de prerrogativas inerentes às entidades autárquicas.⁸²

Gustavo Binenbojm pontua quatro características basilares das agências reguladoras: (a) independência política dos dirigentes, tendo em vista que são nomeados a termo, não podendo ser demitidos sem justificativas pelas autoridades do poder executivo; (b) independência técnica decisional, ou seja, prevalência de critérios técnicos nos processos de tomada de decisões; (c) independência normativa: faculdade de dispor sobre determinadas matérias por atos normativos próprios¹⁴; e (d) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliadas.⁸³

Cada agência reguladora nacional teve sua criação regulamentada por uma lei específica. Além da Agência Nacional de Energia Elétrica criada pela lei 9.427/1996, que será objeto de capítulo específico do presente trabalho, foram criadas: a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) pela Lei nº 9.472/1997; a Agência Nacional do Petróleo (ANP) pela Lei nº 9.478/1997; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) pela Lei nº 9.782/1999; a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) pela Lei nº 9.961/2000; a Agência Nacional de Águas (ANA) pela Lei nº 9.984/2000; a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), ambas, pela Lei nº 10.233/2001; a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) por meio da Medida Provisória nº 2.228-1/2001;⁸⁴ e, por fim, a última agência nacional a ser criada foi a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) por intermédio da Lei nº 11.182/2005.

⁸¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 469.

⁸²Ibid., p. 42.

⁸³BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 256.

⁸⁴VIDIGAL, José Augusto Maciel. As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro. Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 17-18.

Com o advento das agências reguladoras inaugurou-se um novo paradigma de intervenção estatal no domínio econômico com alterações significativas no *modus operandi* regulatório da sociedade capitalista brasileira.⁸⁵

1.5. O papel das agências reguladoras

Carvalho Filho define as agências reguladoras como:

“[...] autarquias a quem foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.”⁸⁶

Mais sintéticos nesta definição são Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem as agências reguladoras “são autarquias sob regime especial, ultimamente, criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades.”⁸⁷ E Maria Sylvia Zanella di Pietro, que as situa como “qualquer órgão da Administração Pública Direta ou entidade da Administração Pública Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta.”⁸⁸

Quando entidade da Administração Pública Indireta, a agência encontra-se adstrita ao *princípio da especialidade*, isto é, exerce e é especializada na matéria específica que a lei lhe atribuiu. Muito embora já existissem entidades com função reguladora no direito brasileiro, somente a partir da reforma administrativa é que se começou a utilizar o vocábulo “*agência*”.⁸⁹

As agências reguladoras foram introduzidas no Brasil sob a forma de autarquias especiais, dotadas de personalidade jurídica própria de direito público, podendo ser

⁸⁵VIDIGAL, José Augusto Maciel. As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro. Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 128

⁸⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 368.

⁸⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores. 2001, p. 132

⁸⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: atlas, 2010, p. 467

⁸⁹Ibid., p.467.

criadas tão somente por lei específica. A Constituição Federal em seu art. 37, inciso XIX, determina que, somente por lei específica, será criada uma autarquia, que jamais deve se distanciar das finalidades e dos objetivos determinados na lei de criação.⁹⁰

Destarte, compete às Agências Reguladoras: regular a prestação dos serviços públicos realizados pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas; celebrar contratos de concessão ou de permissão dos serviços públicos e expedir as autorizações, com fins de dirimir as divergências existentes. Essas autarquias têm como tarefa precípua o controle da qualidade do serviço e sua regularidade, por meio da fiscalização; assegurando aos usuários o serviço adequado e tarifas módicas⁹¹

O papel das agências reguladoras é traduzido em objetivos, quais sejam:

- a) promover e garantir a competitividade do mercado;
- b) garantir os direitos dos consumidores;
- c) estimular o investimento privado, nacional e estrangeiro;
- d) buscar a qualidade dos serviços públicos, com menor custo possível;
- e) dirimir conflitos entre usuários e empresas prestadoras de serviços públicos; e
- f) prevenir o abuso do poder econômico.⁹²

Tais objetivos demonstram a importância das agências reguladoras no cenário econômico brasileiro, bem como o caráter imprescindível dessas entidades para o equilíbrio do mercado e para a garantia da eficiência dos serviços públicos.

⁹⁰BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. LANDAU, Elena Coord. Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 40.

⁹¹RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. Brasília: 2009, p. 129.

⁹²Ibid. p. 131.

2. O PODER NORMATIVO NO ÂMBITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: LEGITIMIDADE E CONTROLE

Demonstrado o contexto de surgimento das agências reguladoras, suas peculiaridades, bem como delimitado seu papel no Estado contemporâneo, torna-se imperiosa a análise da natureza das normas por elas editadas, a legitimidade de sua função normativa e a verificação de limitações ou controles ao seu exercício dessa função, com vistas à melhor consecução do interesse público.

Antes de adentrar na discussão a respeito do poder normativo das agências reguladoras propriamente dito, cumpre primeiramente esclarecer algumas concepções acerca do princípio da separação dos poderes, bem como distinguir o poder legiferante do poder regulamentar que se fazem relevantes nesse contexto.

Montesquieu, na obra “O Espírito das Leis”, deu o enfoque da necessária existência de órgãos autônomos e distintos, sem nenhuma subordinação entre si, exercendo as funções legislativa, executiva e judiciária. Não estava sendo sugerida em tal obra uma separação do poder político em organismos estanques, mas o exercício de funções distintas por cada órgão de modo harmônico.⁹³

A teoria da separação dos poderes passou a vislumbrar a autonomia de cada órgão de maneira harmônica, sem a preponderância de qualquer um sobre o outro.⁹⁴

Nesse contexto, a Constituição Federal Brasileira em seu art. 2º, objetivando evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a necessidade dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo imunidades e prerrogativas para que pudessem exercê-las, sempre garantindo a perpetuidade do Estado democrático de Direito.

O art. 2º da Carta Magna assevera quais sejam esses poderes: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*”.

⁹³LEITE, Francisco Suderley Holanda Pereira. A constitucionalidade do Poder Regulamentar das agências reguladoras. Monografia jurídica. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2008, p. 36.

⁹⁴Ibid., p. 36.

O Poder Legislativo foi eleito pela Constituição Federal como órgão competente para a elaboração das leis. Segundo o modelo da *Separação de Poderes*, adotado pelo nosso sistema constitucional, em tese, apenas o Poder Legislativo poderá inovar a ordem jurídica através de normas legais.⁹⁵

Neste diapasão, cumpre distinguir dois poderes fundamentais do Estado – o legiferante e o regulamentar. O poder legiferante é aquele originado diretamente da Constituição, como mencionado acima, sendo portanto um poder primário. É exercido pelo Poder Legislativo e tem por função típica a constituição de leis. Já o poder regulamentar é derivado desse poder legiferante, portanto, secundário e constitui o regulamento.⁹⁶

De acordo com a concepção mais clássica do Direito Administrativo, tem-se que o poder regulamentar é um dos poderes conferidos à Administração. Sendo tal poder uma das vertentes do poder normativo, com a finalidade de reduzir a margem de discricionariedade dos agentes públicos quando da interpretação e da aplicação dos textos legais. Desse modo, o poder regulamentar é exercido com o escopo de facilitar e unificar a sua aplicação por parte dos diversos órgãos da Administração.⁹⁷

O regulamento, por ser um ato administrativo, é subjacente à lei e deve se pautar nos limites desta. Por esta razão, o exercício do poder regulamentar será sempre em conformidade com a lei (*secundum legem*), não devendo atuar de forma contrária à lei (*contra legem*).⁹⁸

Poder regulamentar é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. Cabe ressaltar que essa prerrogativa é apenas para complementar a lei; não pode, pois a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF,

⁹⁵MORAES, Eliana Aparecida Silva de. Revista do direito sanitário, ano 2001. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792001000100004&script=sci_arttext>, acessado em 15.06.2011

⁹⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e o Poder normativo. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Disponível na internet: www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-SETEMBRO-2006-JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf, acessado em 15.06.2011.

⁹⁷LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. A competência normativa das agências reguladoras e o poder regulamentar dos chefes do poder executivo., p. 18. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/6753>>, acessado em: 14.06.2011.

⁹⁸Ibid., p.18.

autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação.⁹⁹

O poder regulamentar é formalizado essencialmente através de decretos e regulamentos. O artigo 84, VI, da nossa Carta Magna dispõe que caberá aos Chefes do Executivo (considerando presidente, governadores e prefeitos) o exercício do poder regulamentar para a fiel execução das leis.¹⁰⁰

Com efeito, é competência exclusiva do Presidente da República a expedição de decretos e regulamentos para dar fiel execução à lei. Em razão disso, não se mostra possível a delegação dessa atribuição aos órgãos e entes da Administração.¹⁰¹

Não obstante tais considerações, o entendimento atual é que o Princípio da Separação dos Poderes ou Tripartição dos Poderes não pode ser visto com o caráter absoluto de outrora, mas a partir da existência de um pluralismo social, que não se adéqua a existência de três poderes exercendo com exclusividade absoluta as funções estatais.¹⁰²

E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma dessas espécies classificatórias. O fenômeno da outorga de funções normativas a órgão auxiliares ou autônomos vem ocorrendo amplamente em várias áreas da atuação estatal, em face da nova realidade social.¹⁰³

Neste sentido, se torna polêmica a questão da função normativa das agências reguladoras, em face dos princípios da separação dos poderes e da legalidade. A dificuldade está em que alguns casos a lei apenas atribui um espaço discricionário amplo aos agentes administrativos, já em outros é tida como uma verdadeira delegação de funções do Legislativo para as agências.¹⁰⁴

O centro da discussão reside na divergência acerca da legitimidade de sua função regulatória, emanando normas de caráter geral e abstrato, diante do princípio da

⁹⁹LEITE, Francisco Suderley Holanda Pereira. A constitucionalidade do Poder Regulamentar das agências reguladoras. Monografia jurídica. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2008, p. 46.

¹⁰⁰Ibid., p. 46.

¹⁰¹CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da Legitimidade da atividade normativa das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 29.

¹⁰²LEITE, op.cit., p. 36.

¹⁰³Ibid., p. 36.

¹⁰⁴BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. LANDAU, Elena. Coord. Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 51.

reserva legal disposto no art. 5º, II, que só admite imposição de obrigações por ato legislativo típico.¹⁰⁵

Não se pode negar que os fenômenos que se instalaram no mundo contemporâneo não poderiam mesmo ser enfrentados com as velhas e anacrônicas provisões do passado. O Estado tem que acompanhar o dinamismo da evolução social, de modo que, criadas novas realidades, deve o Estado adequar-se a elas, aparelhando-se de forma eficiente e completa para satisfazer os interesses da coletividade.¹⁰⁶

Com efeito, o crescimento do papel do Poder Executivo, passou a carecer de agilidade nas ações estatais e iniciou um estreitamento de suas relações com a especialidade técnica, que como se sabe, é pressuposto de atuação pelas agências reguladoras.¹⁰⁷

Muitas atividades antes não toleradas pelo direito, ou por ele estigmatizadas, passam a ser aceitas como naturais ou como necessárias nas gerações futuras. A cada momento, mais setores da sociedade passam a construir novas normas de conduta, que passam a ter uma força cogente muito maior do que o direito positivo.¹⁰⁸

Neste panorama é que deve ser examinada a possibilidade do exercício de funções normativas por outros órgãos que não integrantes do Poder Legislativo. Devendo se levar em conta uma preponderância das normas técnicas e dos interesses econômicos sobre os aspectos jurídicos.¹⁰⁹

Diante disso, busca-se verificar, nos parágrafos seguintes, a legitimidade do Poder Normativo no âmbito de atuação das Agências Reguladoras, bem como destacar o controle exercido pelos Poderes nesse âmbito de atuação.

2.1. A legitimidade do poder normativo das agências reguladoras

A construção do Direito, como norma, notadamente no cenário do Estado Democrático de Direito, está diretamente vinculada aos anseios sociais, às contingências

¹⁰⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e o Poder normativo. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, p. 7. Disponível na internet: www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-SETEMBRO-2006-JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf, acessado em 15.06.2011.

¹⁰⁶Ibid., p.7.

¹⁰⁷Ibid., p.51.

¹⁰⁸MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras. São Paulo: Ed. Manole Ltda, 2003, p. 151.

¹⁰⁹Ibid., p. 151.

ideológicas e políticas de cada época. Em verdade, não se poderia denominar Estado Democrático de Direito ao ente estatal que constrói suas leis fechando os olhos para uma necessária e recíproca influência entre a ordem jurídica e a ordem social.¹¹⁰

Cumprido estabelecer o conceito de norma jurídica, que consiste na disciplina socialmente imposta à conduta do sujeito, cuja eficácia é respaldada pelo poder político, ou seja, por meio da norma se determina que certas condutas sejam proibidas ou permitidas em face do Direito.¹¹¹

Os atos normativos dividem-se em originários e derivados. Os originários são aqueles emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada diretamente da Constituição; compreende os atos emanados do poder legislativo. Já os atos normativos derivados têm por objetivo a explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução; é o regulamento.¹¹²

A natureza do poder normativo ou também denominado de poder regulamentar, portanto, é de uma prerrogativa do direito público conferida aos entes da Administração Pública para que possam editar normas de caráter derivado, uma vez que só pode ser exercido a partir de outra norma preexistente.¹¹³

Ademais, o regulamento em sentido lato emitido pela agência mantém sua relação de subordinação ao regulamento presidencial, já que o Presidente da República é o responsável pela direção do Executivo Federal (art. 84, II, da Constituição Federal), com o auxílio de seus Ministros. Um regulamento palaciano (um decreto, por exemplo) revoga um regulamento da agência que lhe seja contrário.¹¹⁴

O poder normativo de que dispõe a agência não decorre de delegação do Chefe do Executivo, mas é inerente a este Poder. A norma secundária editada pela agência pode regulamentar a lei diretamente, sem afronta aos princípios da legalidade e da separação de Poderes e a norma da agência guarda relação hierárquica com o regulamento presidencial.¹¹⁵

¹¹⁰ LEITE, Francisco Suderley Holanda Pereira. A Constitucionalidade do Poder Regulamentar das Agências Reguladoras. Monografia Jurídica. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2008, p. 55

¹¹¹ GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 101-102.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

¹¹³ LEITE, op.cit., p. 56.

¹¹⁴ CALIL, Lais. O poder normativo das Agências Reguladoras em face dos princípios da legalidade e separação dos poderes. BINENBOJM, Gustavo Coord. Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 127.

¹¹⁵ Ibid., p. 126.

Nesse sentido, cabe salientar que conforme consta no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT é vedada a delegação de poderes normativos ao Executivo. Dessa forma, o poder normativo exercido pelas Agências Reguladoras não decorre de qualquer delegação legislativa, mas é atribuição própria do Poder Executivo, exercido através da Administração Direta e Indireta, obedecidos os parâmetros legais.¹¹⁶

De modo geral, entende-se que às autarquias pode ser conferida uma função normativa secundária, sendo isso consenso entre os doutrinadores. No entanto, persiste um questionamento se a competência das Agências Reguladoras consiste somente em regulamentar leis ou se a regulação é algo diverso da regulamentação.¹¹⁷

Com efeito, as agências reguladoras brasileiras vêm editando uma série de normas de regulação com vistas a traduzir, com base em sua especialidade técnica, os comandos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional acerca do que está sendo regulado.¹¹⁸

Estes ordenamentos setoriais desenvolvidos por essas entidades autárquicas vieram, então, a construir instituto de crescente valia, quando o Estado verificou a impotência dos seus mecanismos regulatórios tradicionais. Não era mais possível atuar satisfatoriamente sem encarar com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade sócio-econômica multifacetária com a qual se deparava.¹¹⁹

Neste diapasão, vale transcrever o entendimento de DI PIETRO quanto à função normativa das agências reguladoras em face da realidade emergente ou situação concreta:

“À medida que as agências reguladoras vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio de mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos. [...] Eu diria que aí é que está o que há de mais típico na função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (...) e adaptando as normas

¹¹⁶ CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da Legitimidade da atividade normativa das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 35.

¹¹⁷ GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 106.

¹¹⁸ Ibid., p. 109.

¹¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ª ed., 2003, p. 369.

às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade.”¹²⁰

O poder normativo atribuído às agências reguladoras foi a verdadeira interface no seio do ordenamento jurídico entre o Direito e as novas realidades sociais, atendendo aos princípios do Estado Democrático de Direito.¹²¹

É sob essa perspectiva que este poder, com seu dinamismo, independência, especialidade técnica e valorização das soluções consensuais, deve ser valorizado como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais envolventes.¹²²

Não nos parece que ocorra qualquer desvio de constitucionalidade no que toca ao poder normativo conferido às agências reguladoras. Trata-se do exercício de função administrativa e não legislativa, ainda que sua aplicabilidade seja genérica. Não há inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências.¹²³

Na verdade, foram as próprias leis instituidoras da regulação, que transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para a normatização por essas entidades autárquicas, resultando que tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração.¹²⁴

Não obstante tais constatações, o poder normativo atribuído às agências reguladoras, pelas leis que as instituíram, ainda causa polêmica frente ao Direito Constitucional brasileiro. No entanto, a própria noção de agência reguladora traz em seu bojo a idéia de poder normativo, sem o qual não haveria sentido na criação dessas autarquias especiais.¹²⁵

¹²⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p.52.

¹²¹ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ª ed., 2003, p. 371-372.

¹²²Ibid., p. 371-372.

¹²³CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e o Poder normativo*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, p. 8. Disponível na internet: www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-SETEMBRO-2006-JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf, acessado em 15.06.2011.

¹²⁴Ibid., p. 8

¹²⁵VIDIGAL, José Augusto Maciel. *As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro. Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2008, p. 43.

Os atos normativos das agências reguladoras vão além de resoluções, configurando uma nova espécie de ato administrativo: **os atos regulatórios normativos**. Estes atos dão executoriedade às políticas públicas expressas em leis finalísticas, especificando direitos e obrigações impostos por lei aos particulares. Nota-se que os atos normativos se subordinam à lei, que continua sendo a primária e autônoma que dita as diretrizes, os objetivos e os princípios.¹²⁶

A competência normativa das agências reguladoras não pode ser encarada como usurpação da função legislativa, já que a função desses entes significa outra vertente da atuação normativa do Estado, ou seja, normas mais diretas para tratar as especificidades.¹²⁷

Os atos normativos do direito regulatório deverão pautar-se em finalidades estabelecidas pela lei de instituição de cada agência, devendo atender aos requisitos formais e materiais, ou seja, respeitando as normas de processo de criação da lei e atendendo à finalidade específica dela.¹²⁸

Ademais, a legitimação da atuação das agências, no que diz respeito ao poder normativo, decorre da própria missão atribuída a elas pelos diplomas constitucionais ou legais que as instituíram e não da delegação legislativa.¹²⁹

A complexidade e autonomia das agências reguladoras, notadamente na prerrogativa de editar atos normativos com o fito de regular as relações sociais e atividades econômicas, não afronta o princípio da separação dos poderes, tampouco os postulados do Estado de Direito; pelo contrário, a retirada de decisões técnicas relacionadas a campos específicos da atividade econômica, do âmbito do parlamento, fortalece sua legitimidade e, ainda, reforça o grau de segurança jurídica por se tratarem, em tese, de decisões neutras quanto a interesses políticos partidários.¹³⁰

Diante do exposto, a função normativa das agências reguladoras pode ser definida como os atos regulatórios normativos gerais e abstratos emitidos com fundamento no

¹²⁶CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da Legitimidade da atividade normativa das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 35.

¹²⁷VIDIGAL, José Augusto Maciel. As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro. Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2008, p. 18.

¹²⁸CARDOSO, op. cit., p. 35.

¹²⁹VIDIGAL, op. cit., p. 46.

¹³⁰SCHULT JUNIOR, Gustavo. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Monografia Jurídica. Centro Universitário de Brasília. Brasília: 2009, p. 14.

poder normativo previsto nas leis de instituição das agências reguladoras para o exercício da discricionariedade administrativa na aplicação das regras, bem como na implementação das diretrizes, objetivos e princípios.¹³¹

A discricionariedade na aplicação de regras e a proporcionalidade na aplicação das diretrizes, princípios e objetivos devem pautar a edição de atos normativos, para a garantia do princípio da igualdade pela Administração, estabelecendo no caso concreto a mesma solução a todos os particulares ou servidores que se encontrem em situação semelhante.¹³²

Pode-se concluir, então, que pelo verdadeiro sentido do instituto da regulação econômica, as agências reguladoras exercem ampla e profunda função normativa. Porque, se essas agências não puderem atuar, dentro dos parâmetros dados pelo legislador, no sentido de regularem questões técnicas, não haverá sentido em sua existência.¹³³

Quando um regulamento de uma agência expõe o conteúdo de uma lei ou esmiúça conteúdo técnico-científico contido de forma geral na lei, não estará desrespeitando nem a separação de Poderes, nem a legalidade, uma vez que foi a própria lei instituidora da agência que lhe conferiu esta competência secundária.¹³⁴

Neste diapasão, é imperioso reconhecer o amplo espectro de incidência dessas normas. E nem poderia ser diferente, uma vez que o legislador não tem qualificação para dispor sobre matérias de grande especificidade e complexidade, como ocorre nos setores de energia elétrica, telecomunicação, o setor petrolífero, ficando a cargo das agências toda a disciplina de ordem técnica.¹³⁵

Esse aspecto exige a análise da questão concernente aos limites do poder normativo, haja vista que, se as decisões técnicas das agências reguladoras não forem

¹³¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da Legitimidade da atividade normativa das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 35.

¹³² Ibid., p. 35.

¹³³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras. São Paulo: Ed. Manole, 2003, p. 144-145.

¹³⁴ CALIL, Lais. O poder normativo das Agências Reguladoras em face dos princípios da legalidade e separação dos poderes. BINENBOJM, Gustavo Coord. Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 126.

¹³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e o Poder normativo. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, p.11. Disponível na internet: www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-SETEMBRO-2006-JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf, acessado em 15.06.2011.

devidamente controladas, constituirão em abuso de poder regulamentar ou invasão de competência legislativa e dessa forma estarão eivadas de vício de legalidade.¹³⁶

O foco dessas limitações situa-se no modo como os dirigentes das agências reguladoras vão editar as normas técnicas, de caráter geral e abstrato relativas ao setor cuja fiscalização lhes incumbe e se tais normas estarão em conformidade com os parâmetros contidos na lei.¹³⁷

Nesse contexto, serão analisadas a seguir algumas formas de controle às agências reguladoras sob os critérios político, financeiro, comunitário, administrativo e judicial, de modo a evitar arbítrios no exercício de seu poder, a assegurar o respeito aos preceitos da lei e propiciar a melhor tomada de decisão pelo órgão regulador, com vistas à garantia maior do interesse público.

2.2. O Controle Administrativo, Legislativo, Comunitário e Judicial dos Atos Regulatórios.

Para que o Estado satisfaça os interesses públicos faz-se mister que as atividades administrativas estatais sejam regidas por mecanismos de controle. E nesse contexto, se torna relevante a apreciação dos controles exercidos sobre as agências reguladoras.

Destarte, impõe-se o controle de todas as suas atividades e de seus atos, assim como a qualquer órgão ou entidade da Administração Pública, sob os enfoques administrativo, legislativo, comunitário ou social e judicial.

Merecendo destaque também o papel do TCU, órgão constitucionalmente designado para auxiliar no controle externo de toda e qualquer entidade que utilize de algum modo recursos públicos.

Senão vejamos essas formas de controle nos tópicos a seguir.

¹³⁶MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras. São Paulo: Ed. Manole, 2003, p. 146.

¹³⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e o Poder normativo. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, p.11. Disponível na internet: www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-SETEMBRO-2006-JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf, acessado em 15.06.2011.

2.2.1 - O Controle Administrativo

Na esfera federal, o controle administrativo a que se submetem as agências reguladoras é exercido prioritariamente pela denominada supervisão ministerial, disciplinada pelo Decreto-Lei 200/67. Essa supervisão visa assegurar essencialmente a eficiência administrativa e a autonomia da entidade supervisionada. A supervisão ministerial é exercida pelos Ministérios sobre os órgãos da Administração Indireta, com base em sua área de competência.¹³⁸

De tal sorte, o artigo 26, parágrafo único, do Decreto-Lei supramencionado prevê as medidas a serem adotadas para a realização da supervisão ministerial na Administração Pública Indireta federal, in verbis:

“A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;
- b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;
- c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
- d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;
- e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;
- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i) intervenção, por motivo de interesse público.¹³⁹

¹³⁸BRASIL. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa. Presidência da República. Brasília: 1995, Art. 19.

¹³⁹Ibid., Art. 26, parágrafo único.

Muito embora seja reconhecida a autonomia das agências reguladoras, os mecanismos de controle norteiam sua atuação. Os seus dirigentes são indicados e nomeados, exonerados ou destituídos (nos casos previstos em lei) pelo Presidente da República, apesar do mandato fixo, bem como dependem de recursos orçamentários, embora possam contar com a arrecadação de taxas de fiscalização.

No que tange aos limites desse controle administrativo por supervisão ministerial, não é pacífico entre os doutrinadores a possibilidade de a Administração Pública Direta rever os atos decisórios emanados pelas Agências Reguladoras, por meio de recurso hierárquico impróprio.¹⁴⁰

Cumpra antes de adentrar na discussão, explicar o conceito de recurso hierárquico. Tal preceito é uma modalidade de recurso administrativo dirigido à autoridade superior àquela que proferiu o ato. Sendo denominado de próprio quando a autoridade superior está no mesmo órgão em que foi praticado o ato. Sendo impróprio, quando dirigido à autoridade pertencente a outro órgão, que não faz parte da mesma hierarquia daquela que proferiu o ato, por isso que denominado de impróprio.¹⁴¹

Em não havendo controle hierárquico dos atos praticados pelos dirigentes das agências reguladoras, significa dizer que seus atos não podem ser anulados, revistos ou revogados pelo órgão da Administração Direta ao qual a agência encontra-se vinculada, o que impede permanentes interferências políticas do núcleo do poder tomadas pelos órgãos da Administração Direta e assegura a independência das agências reguladoras.¹⁴²

Nesse contexto, Aragão sustenta que as Agências Reguladoras possuem autonomia limitada e que esta limitação não ofende a sua existência, pelo contrário, integra o seu próprio conceito, visto que a descentralização administrativa não visa a permitir condutas divergentes da administração central e em prejuízo dos administrados.¹⁴³

Muito embora tenha esse entendimento, Aragão não concorda com a admissão de recurso hierárquico impróprio, porque acredita que é incoerente com todo arcabouço

¹⁴⁰ GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 267.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2004, p. 629-630

¹⁴² GUERRA, op. cit., p.268

¹⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes brasileiras: o caso da agência nacional de vigilância sanitária. Revista de direito sanitário. São Paulo: 2009/2010, v. 10, n. 3, p. 79. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v10n3/06.pdf>., acessado em 04.10.11.

institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando-a inócua.¹⁴⁴

No mesmo sentido, entende Di Pietro que não deve caber controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, possibilitando a revisão da decisão da agência reguladora por agente político, porque acredita que isso retiraria a independência da entidade e a segurança dos investidores, que ficariam à mercê de critérios políticos de julgamento.¹⁴⁵

Acredita-se que esse é o melhor entendimento, pela não aceitação do recurso hierárquico impróprio como regra geral, haja vista a necessidade da independência das decisões das agências reguladoras para a garantia da melhor tomada de decisão de maneira técnica e sem ingerências políticas indevidas. No entanto, é plausível admitir o recurso no caso de decisões que usurpem a competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.¹⁴⁶

2.2.2. O Controle Legislativo e o papel do TCU

Segundo Carvalho Filho, tem-se que o controle legislativo consiste na prerrogativa atribuída ao Poder Legislativo de fiscalizar a Administração Pública sob os critérios político e financeiro.¹⁴⁷

Nesse sentido, diz o artigo 49, X, CF, que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional: “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.” Logo, vê-se a materialização do controle legislativo no dispositivo constitucional.

O exercício do controle político das Agências Reguladoras exercido pelo Poder Legislativo se inicia com a própria lei de criação da agência, cujo teor dispõe acerca dos

¹⁴⁴ ARAGÃO. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 349.

¹⁴⁵ GUERRA, op.cit., p. 257.

¹⁴⁶ Ibid., p. 257.

¹⁴⁷ CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Ed. Lúmen Juris, 2005, p. 775

limites de competência, vinculação à Administração Pública Direta, mecanismos de nomeação e de exoneração dos dirigentes, destinação orçamentária, dentre outros.¹⁴⁸

O controle legislativo também reside na competência privativa do Congresso Nacional para sustar os atos normativos da Administração Pública, que ultrapassem os limites do poder regulamentar conforme disposição do artigo 49, V da Constituição Federal. Dessa forma, as agências reguladoras não podem exorbitar dos limites definidos em lei, face ao controle legislativo.¹⁴⁹

Imperioso destacar, outro mecanismo de controle legislativo de suma importância, que é o chamado “controle externo”. Tal controle consiste na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União – TCU, a toda e qualquer entidade que utilize bens, dinheiros ou valores públicos.

Tal controle encontra-se descrito em dispositivo constitucional que merece transcrição:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...]”¹⁵⁰

No que tange ao papel do TCU, este órgão tem uma atuação ímpar no controle externo das agências reguladoras, uma vez que possui uma série de competências fundamentadas na Constituição Federal, quais sejam: julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, bem como apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e

¹⁴⁸ GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 248.

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Coleção Saraiva de Legislação. Ed. Saraiva. 40ª Edição, 2007, Art.49, V.

¹⁵⁰ Ibid., Arts. 70 e 71.

patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, prestar informações solicitadas ao Congresso Nacional, dentre outras.¹⁵¹

O controle externo sobre a atuação das agências reguladoras é realizado para verificar a legalidade, a eficiência, a transparência e a melhoria da gestão do setor de infraestrutura federal, principalmente quando decorre dos entes responsáveis pela formulação de políticas públicas e pelo planejamento da expansão e da operação dos serviços.¹⁵²

Para fiscalizar e acompanhar o desempenho dos entes que atuam na regulação dos setores de energia elétrica; petróleo, gás e biocombustíveis; transporte terrestre; transporte aquaviário; telecomunicações; aviação civil e saúde suplementar, o TCU possui duas Secretarias de Fiscalização de Desestatização e Regulação – Sefid 1 e Sefid 2.¹⁵³

O TCU avalia o desempenho do regulador quanto a aspectos institucionais, de gestão e ao exercício de sua atividade, fazendo determinações aos órgãos quando constata a existência de ilegalidade ou irregularidade ou recomendações em situações em que há possibilidade de contribuir para o aperfeiçoamento do processo regulatório. Cumpre destacar que a fiscalização dos contratos de concessão é de responsabilidade das agências reguladoras. Ao TCU cabe tão somente fiscalizar a atuação do ente regulador, e não regular o mercado.¹⁵⁴

2.2.3 O controle comunitário ou social

Outro mecanismo que se faz necessário destacar, devido sua importância é o controle social ou controle comunitário. Tal controle se materializa na possibilidade da realização de “consulta pública” e de “audiência pública” na fase de instrução processual dos processos administrativos em geral.

¹⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Coleção Saraiva de Legislação. Editora Saraiva. 40ª Edição, 2007, Art. 71.

¹⁵² BRASIL. O TCU e o Controle da Regulação. Fiscalização das agências reguladoras. Tribunal de Contas da União. Disponível em www.tcu.gov.br/controleregulacao e acessado em 01.10.2011. Acesso em 02.01.11.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

Convém, portanto, distinguir audiência pública de consulta pública. Embora ambas constituam formas de participação popular na gestão e controle da Administração Pública, não se confundem. A primeira consiste em debates orais e públicos por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil, em sessão previamente designada, para debater temas de interesse da coletividade. A consulta pública, por sua vez, consiste no interesse da Administração Pública de compulsar a opinião pública através de peças formais, escritas, a serem juntadas no processo.¹⁵⁵

O controle social sobre as agências reguladoras é algo impositivo. Seja através das consultas públicas, seja através das audiências públicas, ou ainda mediante outro meio eficaz de avaliação da vontade popular, as agências devem ouvir o que os membros da sociedade têm a dizer. Tais ações conferem um grau maior de legitimidade a qualquer ato normativo que venha a ser exarado pela autoridade independente.¹⁵⁶

O principal objetivo das audiências e consultas públicas é colher subsídios e informações junto à sociedade, bem como oferecer aos interessados a oportunidade de que seus pleitos, sugestões e opiniões sejam levados em consideração. Contribuindo, assim, para o aumento de eficácia e excelência dos instrumentos que subsidiam os processos das agências e garantindo um exercício de controle de qualidade e participação da sociedade.¹⁵⁷

2.2.4. O controle judicial dos atos regulatórios

A polêmica do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as agências reguladoras reside em verificar se o controle está restrito à legalidade ou se envolve o mérito dos atos praticados, em face da inobservância dos princípios da razoabilidade, moralidade e eficiência. Muito embora, haja o entendimento clássico da vedação ao Judiciário do controle do mérito dos atos administrativos.¹⁵⁸

¹⁵⁵CASTRO, Marcus Faro e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (orgs.). Direito da energia elétrica no Brasil: Aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais. Brasília: ANEEL, 2010, p. 33.

¹⁵⁶VELHO, Rafael Rott de Campos. O poder normativo das agências reguladoras: democracia e direitos fundamentais, p. 18. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/40832?show=full>>, acessado em 04.10.11.

¹⁵⁷CASTRO, op.cit., p. 40.

¹⁵⁸MASTRANGELO, Cláudio. Agências reguladoras e participação popular. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 133- 134.

Para Sérgio Guerra, apesar dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade não estarem positivados na Constituição Federal de 1988, são constantemente invocados pelos magistrados na invalidação de atos administrativos e estão dispostos no art. 2º da Lei nº 9.784, de 19 de janeiro de 1999, segundo o qual a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.¹⁵⁹

Não obstante isso, a função jurisdicional foi instituída para que fossem sustados os atos com erro, abuso e arbitrariedade. Se o julgador alterasse um ato administrativo regulatório e discricionário, poderia afetar todo o equilíbrio e harmonia do subsistema regulado. Logo, havendo mais de uma possibilidade técnica igualmente satisfatória, caberá à Agência Reguladora decidir, pela conveniência e oportunidade, qual a melhor solução.¹⁶⁰

Acrescenta, ainda, Villela Souto que é vedado ao Judiciário, em face do princípio da separação dos poderes, interferir em entidade legalmente competente para fiscalização e regulação, dotada de autonomia administrativa, técnica e financeira.¹⁶¹

Ademais, será constitucional, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o ato regulatório que seja, sucessivamente, razoável, adequado, necessário e proporcional. Portanto, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as agências reguladoras não deve ingressar no mérito, devendo se limitar a um controle de legalidade.¹⁶²

Outra questão concernente ao controle judicial dos atos regulatórios é a motivação das decisões administrativas. As decisões administrativas emanadas pelas agências reguladoras têm como requisito de validade a motivação, de tal modo que a inexistência do motivo alegado como fundamento para a prática do ato administrativo importa em sua nulidade.¹⁶³

¹⁵⁹GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 78-80.

¹⁶⁰Ibid., p. 76-77.

¹⁶¹SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 371.

¹⁶²MASTRANGELO, Cláudio. Agências reguladoras e participação popular. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 138-139.

¹⁶³GUERRA, op.cit., 2005, p. 262.

Nesse contexto, se insere o controle judicial, uma vez que para o Poder Judiciário poder explorar o mérito técnico do ato regulatório, há de se ter uma clara identificação dos reais motivos que levaram o agente regulador a tomar a decisão.¹⁶⁴

Ademais, apenas com a fundamentação ou motivação dos atos regulatórios é que se poderá legitimar a ação regulatória, afastando-se qualquer sensação de arbítrio contra a ordem constitucional. Posto que, a sociedade e o agente regulado têm o direito de conhecer as razões técnicas que nortearam o regulador em sua tomada de decisão, sobretudo quando esta for discricionária.¹⁶⁵

Nesse mesmo sentido, cumpre salientar a existência de um princípio de aplicabilidade ímpar, nas motivações técnicas dos atos regulatórios, denominado de princípio do *Hard look*.¹⁶⁶

Tal princípio preconiza que a entidade com competência normativa está obrigada a considerar devidamente os elementos de fato e de direito constantes do caso em concreto a ser tomada a decisão, sob pena de anulação da decisão pelos Tribunais, importando assim na limitação da liberdade discricionária das Agências Reguladoras e no controle efetivo do ato administrativo pelo Poder Judiciário.¹⁶⁷

No entanto, o controle judicial também deve ter limitações, haja vista o risco de o magistrado usurpar a competência do Administrador. Muito embora a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos seja incontestável, face ao preceito constitucional (art. 5º, XXXV, CF), por outro lado a criação das Agências Reguladoras dotadas de ampla autonomia remonta ao debate sobre a fronteira do controle exercido pelo Judiciário frente aos atos executivos estatais.¹⁶⁸

¹⁶⁴GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 263.

¹⁶⁵Ibid., p. 264.

¹⁶⁶Ibid., p. 264.

¹⁶⁷Ibid., p. 265.

¹⁶⁸Ibid., p. 271.

3. A ANEEL: CONTEXTO HISTÓRICO, PAPEL E FUNÇÃO NORMATIVA

Com o advento da abertura da economia brasileira, na década de 90, a administração da concorrência e a proteção dos mercados ganharam importância jurídica e econômica. O desenvolvimento da economia e a mudança de paradigma da atuação estatal frente ao mercado impuseram uma revolução na forma do Estado lidar com a economia.¹⁶⁹

Crises econômicas recorrentes e a incapacidade do Estado figurar-se como principal ator no cenário econômico fizeram com que novos modelos de desenvolvimento e de intervenção do Estado na economia fossem repensados. Aos particulares foi atribuída a função de atuar no mercado, ficando reservada ao Estado a posição de agente normativo e regulador da atividade econômica.¹⁷⁰

Destarte, serviços públicos essenciais foram transferidos à iniciativa privada, dada a reconhecida ineficiência do Estado na prestação dos mesmos. E por meio do fenômeno da desestatização, setores estratégicos foram transferidos aos particulares por meio das concessões. Serviços como de telefonia, eletricidade, exploração do petróleo, dentre outros, agora não constituem mais monopólio estatal.¹⁷¹

A concorrência, própria da iniciativa privada, que deve conduzir à busca permanente pela melhoria dos serviços prestados, foi determinante para a mudança de postura e estratégias do Estado em relação aos serviços públicos até então conservados sob sua exclusiva atuação. Contudo, o Estado não abriu mão do seu poder fiscalizador e regulamentar.¹⁷²

Pelo programa de desestatização, algumas atividades até então exercidas com exclusividade pelo Estado, foram transferidas a particulares, contudo, por se tratar de serviços fundamentais para o desenvolvimento nacional ou de primeira necessidade

¹⁶⁹ALMEIDA. Elizangela Santos de. Poder Normativo e Regulador das agências reguladoras federais. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4108, acessado em 02.10.11.

¹⁷⁰Ibid.

¹⁷¹Ibid.

¹⁷²Ibid.

para a população, não era possível entregá-los integralmente à iniciativa privada. A lei não descuidou de manter nas mãos do Estado o controle de tais atividades.¹⁷³

Nesse cenário, o modelo vigente do setor elétrico também estava esgotado, em razão da ineficiência operacional das concessionárias públicas, utilização das tarifas como mecanismo de controle inflacionário, incapacidade na expansão da produção frente ao crescimento da demanda. E tais deficiências foram determinantes para a reestruturação desse setor.¹⁷⁴

Diante disso, o Governo Federal incentivou a privatização desse setor, como forma de pressionar uma reforma e promover a competição em busca de estabilidade na regulação. Nesse contexto, surgia a necessidade de instituir uma agência reguladora autônoma, capaz de blindar institucionalmente o setor elétrico.¹⁷⁵

No presente capítulo vamos discorrer sobre o surgimento da ANEEL, sua estrutura organizacional, o exercício de sua função normativa e regulamentar, destacar o processo decisório no âmbito da ANEEL e explicitar as limitações e o controle no âmbito da atuação normativa desta Agência Reguladora.

3.1. O surgimento da ANEEL no cenário econômico contemporâneo

O projeto de criação da Aneel foi enviado pelo Executivo federal ao Congresso Nacional no final de 1995, em um momento posterior às primeiras privatizações no setor. O projeto inicial seguia o modelo de autarquia convencional, sem previsão de autonomia decisória, nem os demais requisitos que caracterizariam as agências reguladoras. Coube ao Congresso a iniciativa de questionamento do modelo. Dessa forma, coube ao Poder

¹⁷³ALMEIDA, Elizangela Santos de. Poder Normativo e Regulador das agências reguladoras federais. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4108, acessado em 02.10.11.

¹⁷⁴BRASIL. Relatório ANEEL 10 anos. Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2008. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca/EdicaoLivros2008_relatorioaneel.cfm, acessado em 01.09.2011.

¹⁷⁵Ibid.

Legislativo trazer para a agenda a discussão do grau de autonomia desejável para os novos entes reguladores.¹⁷⁶

A Aneel foi criada pela Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e regulamentada pelo Decreto no 2.335, de 6 de outubro de 1997, que aprovou sua estrutura regimental. O contrato de gestão da Aneel teve sua primeira versão aprovada em 1998 e o Plano de Metas aprovado em 1999.¹⁷⁷

A agência, configurada como uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia (MME), com sede e foro no Distrito Federal, tem como objetivo regular e fiscalizar a produção, transmissão e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.¹⁷⁸

De tal sorte, foi atribuída à ANEEL autonomia gerencial e financeira e competência para normatizar questões técnicas, assim como autonomia decisória, garantida pelos mandatos fixos de sua diretoria, cuja conformação foi pensada de forma a garantir qualidade técnica e neutralidade em suas decisões.¹⁷⁹

A pioneira das agências reguladoras nasceu sob uma “aposta” discreta do mercado, embora para muitos, representasse a criação de um marco com a existência do Estado regulador, cuja atuação seria fundamental por se tratar de uma área que demanda investimentos pesados em longo prazo.¹⁸⁰

No caso de distribuição de energia, fazia-se indispensável uma entidade responsável por impedir a prática aleatória das tarifas. Outros temiam que não houvesse a independência necessária, com ingerência política e captura por interesses nem sempre compatíveis do Governo, dos agentes regulados e dos consumidores.¹⁸¹

Após mais de uma década de existência, a ANEEL exhibe uma trajetória marcada pela consolidação de um conceito de regulação setorial totalmente novo no país. A

¹⁷⁶PRADO, Otávio. Agências Reguladoras e transparência: a disponibilização de informações pela Aneel. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31599.pdf> e acessado em 03.10.11.

¹⁷⁷Ibid.

¹⁷⁸BRASIL. Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Presidência da República. Brasília, 1996. Art. 1º.

¹⁷⁹PRADO, op.cit.

¹⁸⁰BRASIL. Relatório ANEEL 10 anos. Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2008. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca/EdicaoLivros2008_relatorioaneel.cfm, acessado em 01.09.2011.

¹⁸¹Ibid.

Agência adquiriu a experiência e o conhecimento essenciais ao fortalecimento da relação entre os agentes do setor elétrico, o poder público e os consumidores de energia.¹⁸²

Desenvolveu todo um acervo de conhecimento resultante de amplas discussões e das contribuições apresentadas pela sociedade nas audiências e consultas públicas que precedem os processos decisórios da Diretoria Colegiada. Ao tornar públicas as reuniões de Diretoria, com transmissão ao vivo pela Internet, a ANEEL buscou mais transparência e legitimidade às suas decisões.¹⁸³

3.2. A estrutura organizacional da ANEEL

A estrutura administrativa da ANEEL é composta de uma Diretoria Colegiada, constituída de um diretor-geral e quatro diretores, um Gabinete do diretor-geral, um conjunto de assessores da Diretoria, uma Secretaria Geral, uma Procuradoria Geral, uma Auditoria Interna, uma Assessoria de Comunicação e Imprensa e 20 superintendências de processos organizacionais, cujas estruturas e atribuições estão estabelecidas no regimento interno da agência, aprovado pela Portaria MME nº 349, de 1997.¹⁸⁴

A diretoria da ANEEL, constituída por um Diretor-Geral e por quatro diretores, todos nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, para cumprir mandatos fixos e não coincidentes de quatro anos, tem a competência para, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em última instância administrativa, as matérias de competência da autarquia.¹⁸⁵

Já a Procuradoria Geral da Aneel tem o condão de assessorar juridicamente a diretoria, emitindo pareceres e exercendo a representatividade judicial da autarquia. Conquanto, o apoio do funcionamento da agência encontra-se nas superintendências que a

¹⁸²BRASIL. Relatório ANEEL 10 anos. Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2008. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca/EdicaoLivros2008_relatorioaneel.cfm, acessado em 01.09.2011.

¹⁸³Ibid.

¹⁸⁴BRASIL. Portaria MME 349, de 29 de novembro de 1997. Regimento Interno da ANEEL. Brasília, 1997b. Art. 2º.

¹⁸⁵CASTRO, Marcus Faro e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (orgs.), Direito da energia elétrica no Brasil: Aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais. Brasília: ANEEL, 2010, p. 25.

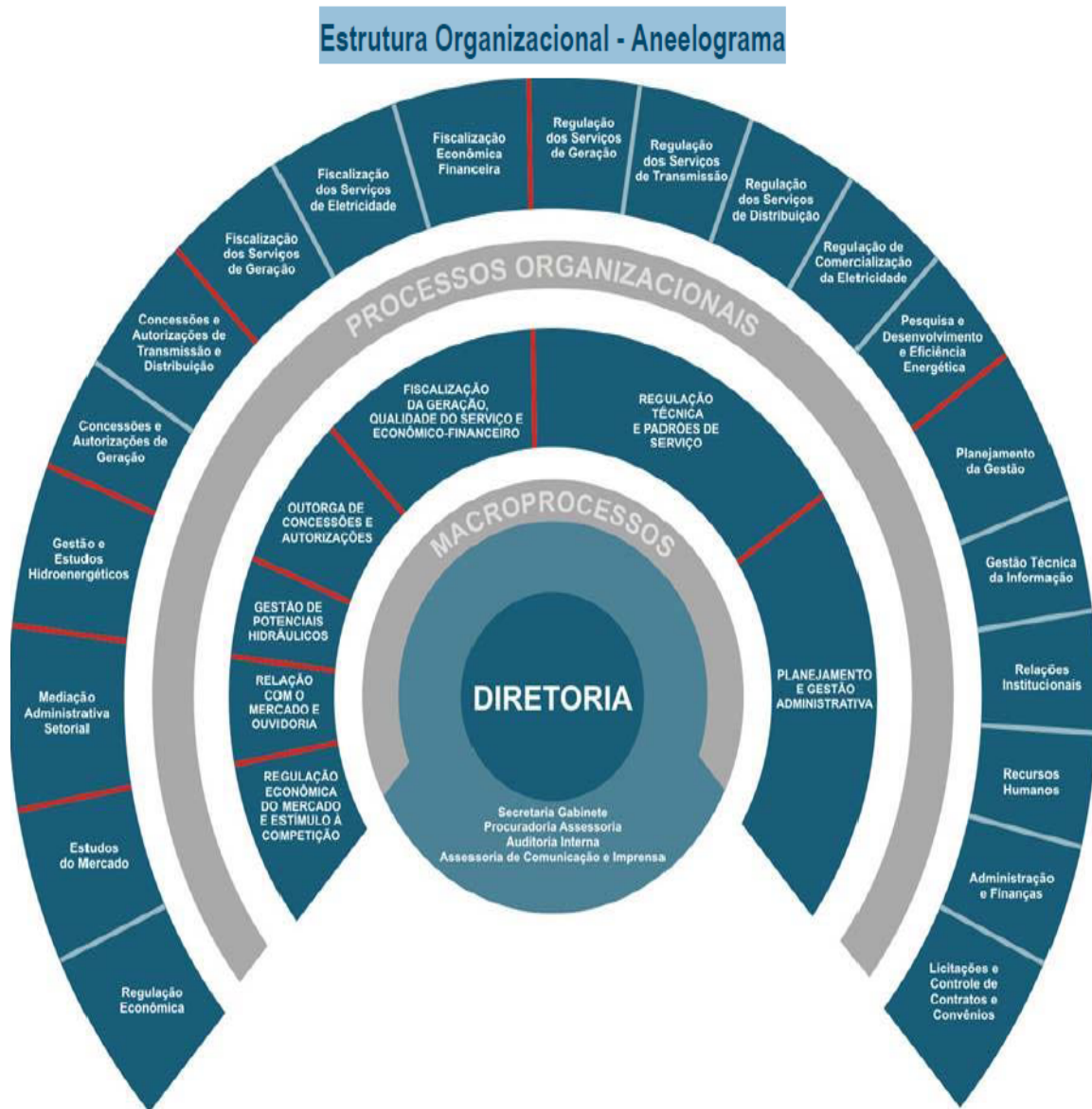
compõem, que constituem a base de apoio e de instrução às deliberações da Diretoria, bem como integram o processo de gestão administrativa.¹⁸⁶

Suas atuais superintendências são: Regulação Econômica, Estudos de Mercado, Mediação Administrativa Setorial, Gestão e Estudos Hidroenergéticos, Concessões e Autorizações de Geração, Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição, Fiscalização de Serviços de Geração, Fiscalização de Serviços de Eletricidade, Fiscalização Econômica e Financeira, Regulação dos Serviços de Geração, Regulação dos Serviços de Transmissão, Regulação dos Serviços de Distribuição, Regulação da Comercialização da Eletricidade, Planejamento e Gestão, Gestão Técnica da Informação, Relações Institucionais, Recursos Humanos, Administração e Finanças, Licitações e Controle de Contratos e Convênios e Pesquisa e Desenvolvimento e Eficiência Energética.¹⁸⁷

O organograma da ANEEL está ilustrado na figura a seguir:

¹⁸⁶ CASTRO, Marcus Faro e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (orgs.), *Direito da energia elétrica no Brasil: Aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. Brasília: ANEEL, 2010, p. 25.

¹⁸⁷ BRASIL. Portaria MME 349, de 29 de novembro de 1997. Regimento Interno da ANEEL. Brasília, 1997b. Art. 2º.



Fonte: ANEEL - Superintendência de Planejamento da Gestão (SPG).

188

Os processos básicos concebidos no seu modelo de gestão estão definidos no Decreto nº 2.335, de 1997, que regulamenta a referida lei, dispondo ainda sobre as diretrizes que orientam a execução de suas atividades, quais sejam:

“I - prevenção de potenciais conflitos, por meio de ações e canais que estabeleçam adequado relacionamento entre agentes do setor de energia elétrica e demais agentes da sociedade;

¹⁸⁸BRASIL. Relatório ANEEL 10 anos. Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2008. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca/EdicaoLivros2008_relatorioaneel.cfm, acessado em 01.09.2011.

- II - regulação e fiscalização realizadas com o caráter de simplicidade e pautadas na livre concorrência entre os agentes, no atendimento às necessidades dos consumidores e no pleno acesso aos serviços de energia elétrica;
- III - adoção de critérios que evitem práticas anticompetitivas e de impedimento ao livre acesso aos sistemas elétricos;”
- IV - criação de condições para a modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta e com ênfase na qualidade do serviço de energia elétrica;
- V - criação de ambiente para o setor de energia elétrica que incentive o investimento, de forma que os concessionários, permissionários e autorizados tenham asseguradas as viabilidades econômica e financeira, nos termos do respectivo contrato;
- VI - adoção de medidas efetivas que assegurem a oferta de energia elétrica a áreas de renda e densidade de carga baixas, urbanas e rurais, de forma a promover o desenvolvimento econômico e social e a redução das desigualdades regionais;
- VII - educação e informação dos agentes e demais envolvidos sobre as políticas, diretrizes e regulamentos do setor de energia elétrica;
- VIII - promoção da execução indireta, mediante convênio, de atividades para as quais os setores públicos estaduais estejam devidamente capacitados;
- IX - transparência e efetividade nas relações com a sociedade.”¹⁸⁹

Todas as Agências Reguladoras do direito brasileiro exercem minuciosa função administrativa, quando recebem do legislador, nos diplomas legais, amplos instrumentos para realizar a fiscalização-prevenção, binômio que deve pautar a atuação das agências reguladoras. A função desempenhada pelas Agências reguladoras caracteriza-se na exigência de condutas previamente estabelecidas em lei, quer por parte das empresas prestadoras de serviços, quer por parte dos usuários¹⁹⁰

Com a ANEEL não é diferente, ao passo que sua lei instituidora - Lei nº 9.427/96 – assevera que a agência tem como competência institucional a regulação e a fiscalização da produção, da transmissão, da distribuição e da comercialização de energia elétrica, em conformidade com as diretrizes e as políticas do governo federal. Assim como, sua missão constitui em: **“Proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade”**.¹⁹¹

¹⁸⁹BRASIL. Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Presidência da República. Brasília, 1997a.

¹⁹⁰MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras. São Paulo: Ed. Manole Ltda, 2003, p. 144.

¹⁹¹BRASIL. Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Presidência da República. Brasília, 1996. Art. 2º.

3.3. O Processo Decisório no âmbito da ANEEL.

O papel do direito no âmbito da regulação econômica e social torna-se cada vez mais relevante especialmente em relação ao processo administrativo das agências reguladoras. Nesse cenário, faz-se mister uma análise acerca do processo decisório da Aneel, que tem como ápice as reuniões públicas de sua diretoria colegiada, quando as decisões de última instância administrativa da agência são tomadas.¹⁹²

A Aneel atua em seus processos administrativos em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, de acordo com os princípios expressamente previstos na Constituição Federal e outros correlatos, conforme ora demonstrado no tópico 1.2 do presente trabalho, e observando os procedimentos administrativos constantes das normas infralegais, algumas aplicadas a toda a Administração Pública Federal e outras especificamente destinadas a esta agência.¹⁹³

Em 14 de julho de 1998, sete meses após o início de operação da agência, foi publicada a **Norma Organizacional ANEEL nº 001**, aprovada pela Resolução nº 233, que dispunha sobre os procedimentos para o funcionamento, ordem dos trabalhos e processos decisórios de sua diretoria.

Tal norma possui uma grande relevância no âmbito de atuação da ANEEL e para o Setor Elétrico Brasileiro, pois disciplina e uniformiza os procedimentos administrativos da Agência, definindo os princípios a serem seguidos e as atividades a serem implementadas para instruir os processos submetidos à decisão da Diretoria.¹⁹⁴

A fim de introduzir ajustes nos procedimentos recursais, a ANEEL, por meio da Resolução nº 081, de 18 de fevereiro de 2003, revisou e atualizou a referida Norma de Organização nº 001. Entre outras alterações ocorridas na norma em questão, destaca-se: a alteração do art. 5º, que passou a ter a seguinte redação:¹⁹⁵

“Art. 5º Os processos administrativos observarão o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e, dentre outros, os seguintes critérios:

¹⁹²CASTRO, Marcus Faro e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (orgs.), *Direito da energia elétrica no Brasil: Aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. Brasília: ANEEL, 2010, p. 23.

¹⁹³Ibid., p. 23.

¹⁹⁴SILVA. Rulemar Pessoa. *Recursos Administrativos na Aneel: decisões e proposta de jurisprudência*. Disponível em www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/.../Dissertação_Rulemar.pdf, acessado em 02.10.11.

¹⁹⁵CASTRO, op.cit., p. 33.

- I - atuação conforme a lei, a jurisprudência administrativa em vigor e a doutrina;**
- II - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- III - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- IV - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei;
- V - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VI - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;**
- VII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos interessados;
- VIII - **clareza e transparência das decisões** de modo a propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos interessados;
- IX - impulsão de ofício do processo administrativo, **sem prejuízo da atuação dos interessados;** e
- X - interpretação das normas da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirigem. ¹⁹⁶

Tal dispositivo é de suma importância, haja vista que elenca os critérios de atuação, a serem observados pela Administração Pública, se espelhando nos princípios basilares que norteiam a atuação estatal; ora mencionados e adicionalmente, transcritos a seguir, conforme consta no art. 2º da Lei nº 9.784/99 que estabelece o seguinte:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa, contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” ¹⁹⁷

As decisões da ANEEL podem ser tomadas em três níveis ou instâncias permanentes: i) a Diretoria, instância máxima de decisão, e que decide em regime de colegiado; ii) as Superintendências, que tem competências estabelecidas no Regimento Interno e/ou recebem delegação da Diretoria para decidir sobre temas específicos; e iii) as Agências Reguladoras Estaduais conveniadas com a ANEEL, que recebem delegação, via Convênio, para as atividades de fiscalização, ouvidoria e mediação. ¹⁹⁸

¹⁹⁶BRASIL. Resolução n 081, de 18 de fevereiro de 2003, que alterou a norma organizacional ANEEL 001. Art. 5º

¹⁹⁷BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei do Processo Administrativo Federal. Presidência da República. Brasília, 1999a. Art. 2º

¹⁹⁸SILVA. Rulemar Pessoa. Recursos Administrativos na Aneel: decisões e proposta de jurisprudência. Disponível em www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/.../Dissertação_Rulemar.pdf, acessado em 02.10.11.

¹⁹⁸CASTRO, Marcus Faro e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (orgs.), Direito da energia elétrica no Brasil: Aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais. Brasília: ANEEL, 2010, p. 33.

Existem ainda, as denominadas Comissões Especiais de Licitação, criadas especificamente e com duração determinada para realização dos leilões de concessão de Geração e Transmissão e, também, para as licitações para aquisição de bens ou serviços pela ANEEL.

As decisões da Diretoria, promulgadas por meio de Resoluções, Despachos e Portarias, bem como as decisões das Comissões que tratam de licitação de concessões, são publicadas no Diário Oficial da União – D.O.U. As decisões das Superintendências têm sido promulgadas por meio de Despachos ou Ofícios.

Em 27 de setembro de 2004, foi aprovada a Norma Organizacional nº 18, dispondo acerca dos procedimentos gerais referentes às reuniões públicas da diretoria da Aneel, nas quais são deliberados os processos que envolvam interesses dos agentes do setor elétrico e dos consumidores, realizadas em local e data previamente definidos e divulgados no sítio da Aneel na internet.¹⁹⁹

Desta forma, o processo decisório da Aneel tornou-se público e transparente, se tornando de conhecimento de todos por opção da agência. Se tornando um forma de controlar os atos emanados da agência e acompanhar de forma transparente as decisões que norteiam o mercado regulatório de energia elétrica.

Nesse contexto, tem-se que as decisões proferidas pela Aneel que afetarem direitos dos agentes serão procedidas por audiência pública, conforme transcrição do art. 4, §3º, da Lei nº 9724/96:

“Art. 4º § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.”²⁰⁰

Assim, podemos perceber-se a importância do processo decisório da Aneel na efetividade da função normativa no setor de energia elétrica, haja vista os conceitos de transparência e publicidade contornarem sua atuação e oferecerem ao mercado segurança

¹⁹⁹CASTRO, Marcus Faro e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (orgs.), Direito da energia elétrica no Brasil: Aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais. Brasília: ANEEL, 2010, p. 43.

²⁰⁰BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei do Processo Administrativo Federal. Presidência da República. Brasília, 1999a. Art. 4º, §3º.

jurídica no que tange às decisões emanadas pela agência, conquanto auto-estabelece as limitações necessárias às suas funções com vistas à garantia de satisfação dos interesses públicos e em respeito aos preceitos legais e constitucionais.

3.4. A Legitimidade, as limitações e o controle no âmbito da atuação normativa da ANEEL.

Conforme já foi dito, a Agência Nacional de Energia Elétrica foi criada pela Lei nº 9.427, de 26/12/1996, tendo seu regulamento sendo expedido pelo Decreto nº 2.335, de 06/10/1997. Havendo suas atribuições sido determinadas diretamente por meio de sua lei instituidora, pois não tem previsão constitucional²⁰¹, **a função normativa da ANEEL se limita à edição de normas que objetivem regular a sua própria atividade ou esclarecer conceitos jurídicos presentes em lei.**²⁰²

A Lei da ANEEL define, no *caput* do seu artigo 2º, a finalidade da agência como sendo “regular fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”. As atribuições da ANEEL são as mesmas comuns a todas as agências reguladoras, decorrendo do disposto nos artigos 29 e 30 da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões).²⁰³

As Agências Reguladoras são dotadas de poder de fiscalizar e regulamentar as atividades exercidas pelos particulares em razão da concessão dos serviços públicos, tendo como função precípua a edição de atos de caráter geral, abstratos e impessoais em relação aos setores da economia postos ao seu controle.

A Constituição Federal legitimou a base das Agências Reguladoras nos artigos 21 (inciso XI) e 177 (§ 2º, III) do seu texto, explicitando formalmente os setores de telecomunicações e de petróleo.

Nesse sentido nos ensina Carvalho Filho:

²⁰¹Dispõem de previsão constitucional apenas duas agências: a ANATEL e a ANP.

²⁰²NASCIMENTO. Paulo A. M. M. Exame da legalidade do aumento das tarifas de energia elétrica no Brasil autorizado em face do racionamento compulsório vigente em 2001/2002. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?start=10&q=a+fun%C3%A7%C3%A3o+normativa+da+aneel&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acesso em 03.10.2011.

²⁰³BRASIL. Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Presidência da República. Brasília, 1996. Art. 2º.

“A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.”²⁰⁴

No caso da ANEEL a legitimação foi feita por sua lei instituidora, a Lei 9.427/96, onde é destacada sua função regulatória e a competência para editar normas gerais sobre o setor elétrico, como bem se entende o art. 3º, inciso I, da citada lei:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os **atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas** estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; (grifamos)

No site da Agência (www.aneel.gov.br) é disposta uma biblioteca virtual onde podemos ter acesso ao conjunto de Resoluções Normativas da ANEEL, que mais que atos administrativos, são normativos e regulamentos impostos aos agentes do setor elétrico, de observância obrigatória, sob pena de responsabilização, cujas sanções são previstas nos próprios regulamentos.

Como exemplo, podemos citar a Resolução Normativa nº 63/2004, que aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais. As penalidades previstas nesse normativo estão indicadas no seu art. 2º, conforme disposto abaixo:

“Art. 2º As infrações tipificadas nesta resolução sujeitarão a infratora às penalidades de:
I – advertência;
II – multa;
III – embargo de obras;
IV – interdição de instalações;

²⁰⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 435.

V – suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como de impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica;

VI – revogação de autorização;

VII – intervenção administrativa;

VIII – caducidade da concessão ou da permissão.

Parágrafo único. A aplicação das penalidades de que trata este artigo compete:

a) – ao(s) Superintendente(s) responsável(is) pela ação fiscalizadora, nos casos previstos nos incisos I a IV;

b) – à Diretoria, por proposta do(s) Superintendente(s) responsável(is) pela ação fiscalizadora, nos casos referidos nos incisos V a VII.

c) – ao Poder Concedente, por proposta da ANEEL, na hipótese prevista no inciso VIII”²⁰⁵

A legitimidade da ANEEL para edição de normas como a citada acima é de cunho legal, contudo está sujeita a inevitável discussão da duvidosa constitucionalidade desses regulamentos frente à atribuição privativa dada ao Presidente da República pelo art. 84 da Constituição Federal.

Bandeira de Melo, nesse sentido, asseverou:

“De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade.”²⁰⁶

Ainda persistem incertezas sérias quanto aos limites de atuação das agências reguladoras no que diz respeito ao estabelecimento de regras, principalmente no caso das agências sem previsão constitucional, como é o caso da ANEEL, o que poderia afetar os princípios da legalidade, do Estado de Direito e da segurança jurídica.²⁰⁷

²⁰⁵BRASIL. Resolução ANEEL 63, de 12 de maio de 2004. Aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais. Brasília, 2004. Art. 2º.

²⁰⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 173.

²⁰⁷BEGO, Daniel José Justi. Universalização dos Serviços de Energia Elétrica: Evolução Histórica e Necessidades de Regulação. ANEEL, 2010, p. 246.

No aspecto da universalização do serviço de energia elétrica a ANEEL tem suas atribuições definidas pela Lei 10.438/2002, e nesse sentido a Agência poderia resumir sua atuação no âmbito meramente técnico. No entanto deve-se avaliar também sua equidistância dos interesses da Administração e dos agentes de mercado, o respeito aos contratos, ao ordenamento jurídico e também aos consumidores, bem expressados em sua própria missão institucional de proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra “com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade”.²⁰⁸

Nesse diapasão há de se inferir então que a legitimidade normativa da ANEEL tem limitações e é submetida a regimes de controle, conforme destacamos no capítulo 2 desse trabalho e que enfatizamos aqui sob a ótica exclusiva da ANEEL.

Dentre as limitações e ao controle, ressalte-se que, quanto à ANEEL, o art. 7º da Lei nº 9.427/96 prevê a realização de contrato de gestão entre sua Diretoria e o Poder Executivo, sendo um instrumento de controle da atuação administrativa da agência, com vistas a avaliar o seu desempenho, estabelecer parâmetros para a administração interna da autarquia, os procedimentos administrativos, além de estabelecer indicadores nos programas anuais de trabalho.²⁰⁹

No âmbito do controle legislativo (controle externo), o Tribunal de Contas da União (TCU) fiscaliza a gestão e o desempenho da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a fim de verificar a legalidade, a eficiência, a eficácia e a economicidade de suas ações. Essa atuação é sistematizada, principalmente, por meio de:

- Acompanhamento dos atos de outorga, e respectiva execução contratual, de concessão de geração e transmissão de energia elétrica;
- Análise da atuação regulatória sobre os contratos de distribuição de energia, especialmente sobre os mecanismos tarifários relacionados à revisão e ao reajuste de tarifas; e

²⁰⁸ BEGO, Daniel José Justi. Universalização dos Serviços de Energia Elétrica: Evolução Histórica e Necessidades de Regulação. ANEEL, 2010, p. 246.

²⁰⁹ BRASIL. Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Presidência da República. Brasília, 1996. Art. 7º.

- Auditorias acerca da atuação do Estado no planejamento, implementação, avaliação e regulação de políticas públicas, em áreas que direta e indiretamente afetam a modicidade tarifária, a qualidade, a continuidade e o acesso à energia.²¹⁰

Entre os principais avanços na regulação, decorrentes dos acompanhamentos do Tribunal, em processos de outorga de concessão de geração de energia elétrica, destacam-se:

- a) Aperfeiçoamento e consolidação da metodologia de definição dos custos de capital próprio e de terceiros;
- b) Aperfeiçoamento da metodologia de definição dos valores de investimento dos empreendimentos de geração;
- c) Adoção de medidas para apropriação de ganhos de eficiência empresarial em prol da modicidade tarifária;
- d) Aperfeiçoamento da avaliação dos custos ambientais associados às usinas hidrelétricas;
- e) Maior transparência na definição da tarifa de energia máxima admissível.²¹¹

O controle do Tribunal de Contas da União (TCU) não se restringe ao campo da ANEEL, mas abrange todos os órgãos e entidades responsáveis pela gestão do setor elétrico, como o MME, a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), as empresas públicas e privadas concessionárias de serviço público, entre outros. Assim, o TCU fiscaliza e avalia tanto as esferas de formulação e de execução da política quanto de regulação e de prestação dos serviços públicos.²¹²

Sob o enfoque administrativo, a ANEEL se submete por lei à supervisão ministerial, ora mencionada no tópico 2.2.1, sendo, portanto, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Devendo assim fornecer relatórios, balancetes, submeter o orçamento-programa à apreciação do ministério, bem como se submeter a auditorias e aprovação de contas e balanços.

No que tange ao controle judicial, a Aneel ficará sujeita ao controle de legalidade pelo judiciário, não devendo este fazer controle de mérito sobre as decisões da

²¹⁰ BRASIL. Energia. Concessões e gerações de energia elétrica. Tribunal de Contas da União. Disponível em www.tcu.gov.br/controleregulacao e acessado em 01.10.2011, acessado em 02.01.11.

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid.

agência, a não ser que estas se mostrem desarrazoadas e desproporcionais. Da mesma forma, suas decisões sempre devem ser motivadas em conformidade com o princípio do *Hard look*, ora mencionado. Tal princípio prevê que as decisões da agência que não forem devidamente motivadas explicitando questões de fato e de direito podem ser anuladas pelo Poder Judiciário.

E por fim, tem-se o controle social ou comunitário, não menos importante, consubstanciado na possibilidade de realização de consulta pública e audiência pública no âmbito do processo administrativo da ANEEL. Ambos os mecanismos constituem formas distintas de participação popular na gestão e controle da Administração Pública e garantem um grau maior de legitimidade às decisões emanadas da agência.

Dessa forma, percebe-se que seja pela participação da sociedade por meio de audiências e consultas públicas, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislador, seja pela Administração Direta com sua supervisão, ou seja pelo TCU em seu auxílio no controle externo, a Aneel, assim como as demais agências reguladoras, está contornada de limitações e mecanismos de controles sob diversos enfoques, a fim de garantir que os interesses públicos sejam resguardados e que o mercado de energia elétrica tenha maior eficiência, transparência e legitimidade em sua atuação e em suas decisões.

CONCLUSÃO

Na consecução deste trabalho, pôde-se observar que as agências reguladoras brasileiras foram criadas num contexto de desestatização de serviços públicos, que passaram a ser executados pela iniciativa privada, muito embora a titularidade continuasse a ser do Estado. Marcando, assim, a era do Estado Regulador Brasileiro e implementando uma forma eficiente de regulação dos serviços de modo a garantir a satisfação dos interesses da coletividade.

No que tange ao setor elétrico, cujo modelo encontrava-se esgotado e carecendo de reformas, suas deficiências foram determinantes para a sua reestruturação. Neste cenário e em face da nova realidade social foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica, autarquia em regime especial, vinculada ao MME, dotada de autonomia administrativa, financeira e decisória, com sede e foro no Distrito Federal. Instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 e regulamentada pelo Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997.

A agência foi criada com o objetivo de fiscalizar e regular a produção, geração, transmissão e comercialização de energia elétrica, de modo a proporcionar as condições favoráveis para o desenvolvimento do mercado de energia elétrica de forma equilibrada e em benefício da sociedade. Tudo isso em conformidade com as diretrizes e objetivos do Governo Federal.

Nesse panorama de demanda regulatória desempenhada pelos novos agentes econômicos, o Poder Legislativo acabou se mostrando incapaz de editar leis suficientes para tal. Do mesmo modo, a regulamentação editada pelo Executivo, por meio de seus mecanismos estanques, não mostrou ser a melhor opção.

Dessa forma, as agências reguladoras nasceram dotadas de amplos poderes e autonomia com vistas a propiciar a melhor tomada de decisão em sua atuação e o melhor resultado para a sociedade. Instituído, para tanto, preceitos normativos inerentes às suas atribuições, agindo de maneira mais eficiente possível, levando em consideração as especificidades e complexidade do mercado regulado e a dinâmica da evolução social. Portanto às agências reguladoras foi conferido o poder para expedição de normas.

A despeito disso, os doutrinadores divergem quanto à legitimidade do poder normativo conferido às agências reguladoras, frente ao direito constitucional brasileiro, pois uma interpretação rígida das funções do Poder Legislativo vedaria a possibilidade de criação de normas por parte das agências.

No entanto, a função normativa atribuída às agências reguladoras foi a interface no ordenamento jurídico entre o Direito e as novas realidades sociais. E tal poder foi atribuído a elas por meio de suas leis instituidoras que lhes garantiram sua legitimidade, de modo que sua validade decorre da própria missão atribuída a elas por meio dos diplomas legais. Logo, não faz sentido a existência das agências reguladoras se não puderem exercer suas funções por meio de atribuição normativa para a consecução dos fins públicos.

Muito embora vigore uma discussão entre os doutrinadores acerca da constitucionalidade desse poder, em face dos princípios da separação dos Poderes e da legalidade, não nos afigura que a função normativa das agências reguladoras seja inconstitucional, uma vez que se trata de exercício de função administrativa, configurando uma nova espécie de atos administrativos denominados de atos regulatórios normativos.

Dessa forma, este trabalho procurou demonstrar que as agências reguladoras possuem legitimidade em sua atuação normativa, acreditando-se que o poder normativo a elas conferido não constituiu ofensa aos princípios da legalidade ou separação dos Poderes, nem constituindo ofensa aos preceitos constitucionais e, sobretudo, usurpação da função legislativa.

Mas entende-se que sua validade é derivada de suas leis instituidoras, constituindo-se em nova modalidade de ato regulatório, exercendo a função normativa em razão do caráter técnico e da complexidade dos setores regulados, sem inovar na ordem jurídica e acompanhando o dinamismo da evolução social.

No que tange a Aneel, sua legitimidade advém de sua lei instituidora nº 9427/96, que dispõe acerca da competência da agência em expedir atos regulamentares no tocante às especificidades do setor regulado. Sendo tal atribuição pressuposto de sua existência, haja vista que a efetividade do papel regulatório e fiscalizador da agência não haveria de existir sem a atribuição normativa que lhe é inerente e sem as peculiaridades de seu processo decisório independente.

Neste aspecto, faz-se mister a necessidade de se delimitar mecanismos de controle quanto à amplitude desse poder, a fim de evitar arbitrariedades e desvio da finalidade maior do interesse público. Inseridas nesse contexto, as disposições acerca do processo decisório da Aneel, uma vez que nas reuniões da diretoria da agência são emanam as decisões em última instância administrativa, culminando na maior expressão da função normativa por meio de suas resoluções normativas.

Restou demonstrado, ainda, alguns mecanismos de controles na atuação das agências reguladoras, sob diversos enfoques: social, administrativo, legislativo e judicial. Mereceu destaque, o papel do TCU e o controle social materializado nas audiências públicas e consultas públicas que garantem a legitimidade do poder normativo e a efetividade de suas decisões, com transparência e publicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Elizangela Santos de. **Poder Normativo e Regulador das agências reguladoras federais**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4108, acessado em 02.10.11.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Editora Forense. 2ª Edição. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **As agências reguladoras independentes brasileiras: o caso da agência nacional de vigilância sanitária**. Revista de direito sanitário. São Paulo: 2009/2010, v.10, n.3. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v10n3/06.pdf>, acessado em 04.10.11.

BARROSO, Luis Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. LANDAU, Elena Coord. Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2006.

BEGO, Daniel José Justi. **Universalização dos Serviços de Energia Elétrica: Evolução Histórica e Necessidades de Regulação**. ANEEL, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Coleção Saraiva de Legislação. Editora Saraiva. 40º Ed., 2007.

_____. **Decreto 2.335**, de 06 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Presidência da República. Brasília, 1997a.

_____. **Decreto-Lei 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa. Presidência da República. Brasília, 1967.

_____. **Energia. Concessões e gerações de energia elétrica**. Tribunal de Contas da União. Disponível em www.tcu.gov.br/controleregulacao e acessado em 01.10.2011, acessado em 02.01.11.

_____. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal. Presidência da República. Brasília, 1995.

_____. **Lei 9.427**, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Presidência da República. Brasília, 1996.

_____. **Lei 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Lei do Processo Administrativo Federal. Presidência da República. Brasília, 1999a.

_____. **Lei 10.438**, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica. Presidência da República. Brasília, 2002.

_____. **O TCU e o Controle da Regulação. Fiscalização das agências reguladoras.** Tribunal de Contas da União. Disponível em www.tcu.gov.br/controleregulacao e acessado em 01.10.2011. Acesso em 02.01.11.

_____. **Portaria MME 349**, de 29 de novembro de 1997. Regimento Interno da ANEEL. Brasília, 1997b.

_____. **Relatório ANEEL 10 anos.** Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2008. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/EdicaoLivros2008/relatorioaneel.cfm>>. Acesso em 01.09.2011.

_____. **Resolução ANEEL 233**, de 29 de julho de 1999. Estabelece os Valores Normativos que limitam o repasse, para as tarifas de fornecimento, dos preços livremente negociados na aquisição de energia elétrica, por parte dos concessionários e permissionários. Brasília, 1999b.

_____. **Resolução ANEEL 63**, de 12 de maio de 2004. Aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais. Brasília, 2004.

_____. **Resolução 081**, de 18 de fevereiro de 2003, que alterou a Norma Organizacional ANEEL 001, aprovada pela Resolução nº 233 de 14 de julho de 1998.

CALIL, Lais. **O poder normativo das Agências Reguladoras em face dos princípios da legalidade e separação dos poderes**. BINENBOJM, Gustavo Coord. Agências Reguladoras e Democracia. Ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da atividade normativa das Agências Reguladoras**. Ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Agências Reguladoras e o Poder normativo**. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-SETEMBRO-2006-JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf>. Acesso em 15.06.2011.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CASTRO, Marcus Faro e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (orgs.), **Direito da energia elétrica no Brasil: Aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais**. Aneel e Unb. Brasília, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Editora Atlas. São Paulo, 2010.

_____. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores. São Paulo, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Instituto Toledo de Ensino de Bauru, n. 39, janeiro a abril de 2004. Disponível na internet: <www.ite.edu.br/ripe_arquivos/ripe39.pdf>. Acesso em 15.06.2011.

GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2005.

GUSMÃO, Rossana Malta de Souza. **Noções Introdutórias ao direito da energia elétrica**. Ed. Virtual Books. Minas Gerais, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Saraiva. São Paulo, 2006.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. Editora dialética. São Paulo, 2002.

LEITE, Francisco Suderley Holanda Pereira. **A Constitucionalidade do Poder Regulamentar das Agências Reguladoras**. Monografia Jurídica. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2008.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. **A competência normativa das agências reguladoras e o poder regulamentar dos chefes do poder executivo**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/6753>>. Acesso em: 14.06.2011.

MASTRANGELO, Cláudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores. São Paulo, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. Malheiros Editores. São Paulo, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Malheiros Editores. São Paulo, 2004.

MORAES, Eliana Aparecida Silva de. **Revista do direito sanitário**, ano 2001. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792001000100004&script=sci_arttext>. Acesso em 15.06.2011.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira Motta, **Agências Reguladoras**. Ed. Manole Ltda. São Paulo, 2003.

NASCIMENTO. Paulo A. M. M. **Exame da legalidade do aumento das tarifas de energia elétrica no Brasil autorizado em face do racionamento compulsório vigente em**

2001/2002. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?start=10&q=a+fun%C3%A7%C3%A3o+normativa+da+aneel&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acesso em 03.10.2011.

PRADO, Otávio. **Agências Reguladoras e transparência: a disponibilização de informações pela Aneel.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31599.pdf>>. Acesso em 03.10.11.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil.** Brasília, 2009.

SCHULT JUNIOR, Gustavo. **O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes.** Monografia Jurídica. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2009.

SILVA, Rulemar Pessoa. **Recursos Administrativos na Aneel: decisões e proposta de jurisprudência.** Disponível em www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/.../ Dissertação Rulemar.pdf, acessado em 02.10.11.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório.** Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2002.

VIDIGAL, José Augusto Maciel. **As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro.** Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo - Tribunal de Contas da União. Brasília, 2008.

VELHO, Rafael Rott de Campos. **O poder normativo das agências reguladoras: democracia e direitos fundamentais.** Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/40832?show=full>>. Acesso em 04.10.11.